

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

KLAUS UDO FROESE MATOS

ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES NA LEI N. 11.101/2005:
O ABUSO DE VOTO NA DELIBERAÇÃO SOBRE O PLANO DE RECUPERAÇÃO
JUDICIAL E A POSSIBILIDADE DE *CRAM DOWN*

CURITIBA

2014

KLAUS UDO FROESE MATOS

ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES NA LEI N. 11.101/2005:
O ABUSO DE VOTO NA DELIBERAÇÃO SOBRE O PLANO DE RECUPERAÇÃO
JUDICIAL E A POSSIBILIDADE DE *CRAM DOWN*

Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do diploma d
bacharel em Direito pela Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Edson Isfer

CURITIBA

2014

Dedico aos meus pais, por tudo.

AGRADECIMENTO

Primeiramente agradeço aos meus pais, que não mediram esforços e sacrifícios para viabilizar os meus estudos. Ademais, a incursão na realidade empresarial, que também lhes devo, permitiu valioso aprendizado prático, além de complementar minha visão do Direito também pelo viés empresarial. Por tudo, e sempre, muito obrigado.

Agradeço também aos meus irmãos, pela cumplicidade ímpar, pela ajuda, pelas risadas e, principalmente, pela parceira nas empreitadas da vida.

Da mesma forma, deixo meu agradecimento a toda família. Se perto ou se longe, sempre foram muito valiosos para mim. Especialmente, registro meu agradecimento ao Carlos, Monica, Raquel e Arthur, por toda ajuda depreendida durante minha curta estadia em Brasília.

A temática escolhida deve-se integralmente às aulas de Direito Empresarial, em 2012 e 2013, ministradas pelo Prof. Dr. Edson Isfer. Por toda a inspiração, como professor e como pessoa, e pela valiosa contribuição ao presente trabalho, o meu muito obrigado.

Deixo meu profundo agradecimento aos amigos – colegas de turma ou não. A vida sem vocês não teria a menor graça!

Por colorir meu coração com amor e alegria, pela amizade e pelo apoio, muito obrigado, Ca.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a Deus. Pela vida, pela oportunidade de recomeçar a cada dia, e por ter colocado em meu caminho pessoas tão maravilhosas.

It's a magical world, Hobbes, ol' buddy...

...let's go exploring!

(Calvin & Hobbes)

RESUMO

Este trabalho analisa a Assembleia-Geral de Credores no âmbito da recuperação judicial prevista pela Lei nº. 11.101/2005. Nesta seara, perquire a participação abusiva dos credores frente aos princípios norteadores da lei falimentar, examinando ainda a atuação judicial na repressão de tais abusos. Para tanto, utiliza-se predominantemente a pesquisa bibliográfica como método científico, complementando-o pelo levantamento jurisprudencial sobre o tema. O desenvolvimento do estudo apresenta recorte histórico da legislação falimentar, cuja compreensão fornece subsídios para a análise crítica do diploma em vigor. Deste examina-se ainda toda a disciplina da participação dos credores na recuperação judicial, tendo-se em vista o viés do conflito de interesses com o devedor e demais interesses abrangidos por esta lei. Analisa-se ainda o *cram down* como mecanismo de atuação judicial na solução dos conflitos mencionados. Em virtude do silêncio da Lei nº. 11.101/2005 no que tange ao abuso de direito, recorre-se a diversos diplomas legislativos pátrios cuja aplicação subsidiária permite ao magistrado a repressão do comportamento conflitivo – seja pelo abuso de minoria, seja pelo conflito de interesses. Pelo presente estudo, observa-se a importância da participação dos credores para o sucesso do processo de recuperação judicial, reconhecendo, contudo, que há real possibilidade de que tal participação seja maculada pela atuação individualista dos credores, indo de encontro à pluralidade de interesses tutelada pela lei em comento. A lacuna legal a respeito, bem como a limitação do *cram down* tornam a atuação judicial insuficiente na repressão dos abusos mencionados.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Assembleia-Geral de Credores. Abuso de voto. *Cram down*.

LISTA DE SIGLAS

AGC – Assembleia Geral de Credores

LRE, LFRE – Lei de Falência e Recuperação de Empresas n. 11.101/2005

LISTA DE ABREVIATURAS

art. – artigo

Dec. – decreto

nº/n. – número

p. – página

v. – volume

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES.....	12
2.1	BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO DA AGC NO BRASIL	12
2.2	CONCEITO E FUNÇÃO DA AGC	24
2.3	HIPÓTESES E FORMA DE CONVOCAÇÃO	26
2.4	COMPETÊNCIA DE DELIBERAÇÃO	30
2.4.1	Aprovação, Rejeição ou Modificação do Plano de Recuperação Judicial	31
2.4.2	A constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição.....	34
2.4.3	Desistência do pedido de recuperação judicial	37
2.4.4	O nome do gestor judicial, quando afastado o devedor	37
2.4.5	Qualquer outra matéria afeta aos interesses dos credores	39
3	PARTICIPAÇÃO E VOTO NA AGC	40
3.1	COMPOSIÇÃO DA AGC.....	40
3.1.1	As classes formativas da AGC.....	40
3.1.2	Participantes da Assembleia.....	46
3.2	A REPRESENTAÇÃO DOS CREDORES	50
3.2.1	Quórum de instalação.....	53
3.2.2	Quórum de deliberação	54
3.3	A APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PELO <i>CRAM DOWN</i>	57
4	ABUSO DE DIREITO DE VOTO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....	62
4.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O ABUSO DE DIREITO	62
4.2	A REPRESSÃO DO ABUSO PELO DIREITO BRASILEIRO – BREVES APONTAMENTOS.....	63
4.2.1	O Código Civil.....	63
4.2.2	A Lei das Sociedades Anônimas	63
4.2.3	O Código de Processo Civil	69
4.3	O ABUSO DO DIREITO DE VOTO PELOS CREDORES E A ATUAÇÃO JUDICIAL	70
4.3.1	Conflito de interesses	71

4.3.2	Abuso de minoria.....	78
5	CONCLUSÕES	83
	REFERÊNCIAS	87
	OBRAS CONSULTADAS.....	93

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a Assembleia-Geral de Credores¹ no processo de recuperação judicial, aprofundando-se a questão da participação dos credores e a possibilidade abusos no exercício do direito de voto. Ponderam-se, então, as perspectivas de atuação do magistrado com vistas a garantir que as escolhas assembleares estejam em acordo com os fins almejados pela Lei 11.101/2005.

Isso em vista inicia-se o trabalho com um breve relato da legislação falimentar brasileira, destacando as particularidades dos institutos disciplinados e seus reflexos práticos, especialmente pelo olhar da doutrina especializada. Sem pretensões de esgotar o histórico legislativo, atenta-se para permanências e discontinuidades e relativas à participação dos credores no processo falimentar.

Depois, apresentam-se conceito e função da Assembleia, analisando também os requisitos formais para sua convocação e instalação. Após, passa-se a analisar a competência de deliberação no âmbito da recuperação judicial.

Na sequência aprofunda-se o estudo da participação dos credores no processo recuperacional, analisando-se as classes formativas da AGC, a participação e representação dos credores e os quóruns de instalação e deliberação. No exame desses tópicos frisam-se as situações de conflito de interesses e possibilidade de abuso no exercício de voto, que permeia toda a recuperação judicial².

Tendo em vista a ausência, na Lei 11.101/2005, de disposições relativas ao abuso de direito, faz-se uma incursão em diversos diplomas legislativos pátrios com vistas a investigar a possibilidade de aplicação destas normas à matéria aqui estudada.

¹ São utilizadas ainda neste trabalho, como sinônimos, as expressões Assembleia de credores, assembleia-geral, assembleia ou, ainda, AGC.

² Embora haja abertura para comportamentos abusivos por parte de outros agentes – como o *abuso de veto* por parte do devedor, optou-se por limitar a abrangência do presente estudo às hipóteses de abuso dos credores com vistas a permitir maior aprofundamento nos tópicos analisados.

Concomitantemente à análise dos votos abusivos aborda-se a atuação judicial no processo recuperacional – os fundamentos, limites e meios para coibir tais desvios por parte dos credores. O magistrado, ver-se-á no trabalho, dispõe essencialmente do instrumento do *cram down*, pelo qual poderá – em situação específica – superar as deliberações assembleares.

2 ASSEMBLEIA-GERAL DE CREDORES

2.1 BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO DA AGC NO BRASIL

O Código Comercial de 1850 – Lei nº 556 de 25 de junho de 1850 – foi o primeiro diploma brasileiro a regulamentar o direito falimentar, abrangendo os institutos da falência, da concordata suspensiva³ e da moratória (VASCONCELOS, 2013, p. 30). Para caracterizar a falência, estabeleceu-se como critério a cessação de pagamentos⁴.

A atuação dos credores, sob forma de assembleia, dava-se em dois momentos distintos. Na primeira reunião, o juiz apresentava aos credores relatório sobre o exato estado de falência do devedor (denominado então de *comerciante*), propondo ainda uma comissão com vistas à apuração da lista de credores e respectivos créditos (art. 845). Na segunda reunião, concluída a apresentação dos pareceres pela comissão formada na primeira assembleia, deliberava-se sobre a concessão da concordata – se apresentado projeto pelo devedor – ou sobre a liquidação dos ativos. (REQUIÃO, 1995, p. 21-22).

Contudo, os avanços do comércio, alavancados pela Independência do país e pela Revolução Industrial, logo tornaram a legislação falimentar primeiramente obsoleta (VASCONCELOS, 2013, p. 38). O processo falimentar, como observa Trajano Valverde (1999, v. 1, p. 16), era demasiadamente lento e oneroso, dificultando a proteção ao crédito. O referido autor também pontua que as imperfeições: “(...) não seriam tanto da lei, mas do modo por que era executada, falseada, (...), por aqueles mesmos a quem ela procura proteger.” (1999, v. 1, p. 16).

³ Não houve a regulamentação da concordata preventiva, figura que foi instituída no Brasil com o Decreto nº 917, de 1890, mas tão-somente a suspensiva da falência.

⁴ Art. 797 - Todo o comerciante que cessa os seus pagamentos, entende-se quebrado ou falido.

Em 1882, editou-se o Decreto nº 3.065, inserindo algumas mudanças no regime da Lei nº 556 de 1850. Em especial, reduziram-se os quóruns para instalação da assembleia e concessão da concordata. Naquele, passou-se para a maioria que representasse dois terços da totalidade dos créditos; neste, para a maioria dos credores (art. 1º). Ainda, passou-se a admitir a representação dos credores por procuração (art. 2º).

As alterações supracitadas flexibilizaram pontos impeditivos da participação ativa dos credores no processo (NEGRÃO, 2010, p. 23). Desta forma, caminhou-se no sentido de possibilitar a estes sujeitos maior manifestação no debate acerca do futuro do comerciante em crise (VASCONCELOS, 2013, p. 40).

Em 1890 houve nova mudança na legislação falimentar, com a edição do Decreto nº 917⁵. Os credores se reuniam em Assembleia em até 20 dias a contar da publicação que decretasse a quebra do devedor. Esta já seria a primeira oportunidade para apresentação da proposta de concordata pelo devedor, a qual seria aprovada se obtivesse quórum de pelo menos três quartos (75%) da totalidade de créditos admitidos no passivo⁶.

Ao longo do processamento da falência facultava-se ao devedor a apresentação de proposta de concordata, nos termos do artigo 55 e parágrafos, inobstante propostas anteriores tivessem sido negadas pelos credores. Havendo, pois, nova proposta, a assembleia seria convocada pelo juiz, ficando a reunião a expensas do devedor. Em contrapartida a faculdade deste, cabia exclusivamente aos credores deliberar sobre a proposta: não havia qualquer ingerência por parte do

⁵ A respeito das mudanças no ordenamento jurídico em virtude da alteração da forma de governo, comenta José Xavier Carvalho de Mendonça: "(...) ao martelo da revolução de 15 de novembro não escapou a legislação civil, criminal e comercial. Decretos sobre decretos, actos derogando leis do antigo regimen e até decretos dias antes publicados, e, o que é mais, a mania de publicar leis levada ao cumulo de reproduzir-se, mutilando, o que já fazia parte do nosso monumento legislativo, tudo isso concorreu para tirar a força moral dos actos emanados do governo provisório." (**Tratado de direito comercial brasileiro**, v. VII, 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. p. 72. *apud* VASCONCELOS, 2013, p. 41).

⁶ Ficavam excluídos desta deliberação os credores de domínio, separatistas, privilegiados e hipotecários, salvo expressa anuência à deliberação, equiparando-se então aos credores quirografários (art. 45).

Judiciário⁷, que tão somente homologaria a proposta em caso de aceitação pela assembleia (VASCONCELOS, 2013, p. 53-55).

Nas disposições gerais, frisando a importância dos credores, dispunha o art. 148 que:

Todas as nomeações, que o juiz tiver de fazer, deverão recair em pessoas que sejam credoras do falido, sendo conhecidas, ou seus procuradores; só na falta delas poderão ser nomeadas pessoas estranhas.

E ainda, no mesmo sentido, o art. 149: “Salvo disposição expressa de lei em contrário, os credores poderão tomar quaisquer deliberações a respeito dos bens da fallencia (...)”.

Os efeitos práticos de tamanha disposição de competências não foram, porém, os desejados pelos seus idealizadores. A respeito, José Xavier Carvalho de Mendonça⁸ comenta que:

Infelizmente, os juízes, em sua grande maioria, que o tiveram de aplicar, nunca se esforçaram pela realização das idéas da reforma. A jurisprudência nada fez em benefício do prestígio e efficacia da lei e consequentemente em garantia dos interesses que este visava acautelar e proteger. Os credores abusaram das vantagens que se lhes deram e procuraram tirar todo o partido da situação dos devedores. Estes, por sua vez, não tiveram mais escrúpulos desde que contaram com a impunidade. (...). O Dec. nº 917, instituiu como meios preventivos a declaração da fallencia: a moratória, a cessão de bens e o accordo preventivo. Foram as portas por onde entrou, desabusada, a fraude maior que se tem visto. (1955, v. VII, p. 73, apud VASCONCELOS, 2013, p. 53)

Nos 12 anos em que permaneceu em vigor, as numerosas fraudes demonstraram a ineficácia do Decreto 917⁹, fazendo-se necessária uma alteração

⁷ Principal exceção à centralidade dos credores no Decreto 917 encontra-se no art. 135. Em sendo a oferta do comerciante em crise a cessão de bens e liquidação judicial, o poder de decisão estaria a cargo do magistrado – ainda que houvesse a necessidade da reunião dos credores para debater a proposta. Aceita a proposta pelo magistrado, caberia aos credores tão somente a formação de contrato de união com vistas à liquidação do ativo e passivo, conforme art. 136.

⁸ MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. Vol. VII.

⁹ Trajano de Miranda Valverde assim comenta a necessidade de alteração da legislação falimentar: “A convergência de numerosos fatores, emergentes da situação difícil por que atravessamos; a

legislativa (VALVERDE, 1999, v. 1, p. 9). Esta se concretizou em 1902, com a Lei nº 859.

Em linhas gerais, a nova lei reduziu as oportunidades para a recuperação do comerciante em crise – restringindo as hipóteses para a concordata e os meios alternativos de pagamento dos credores. Contudo, manteve-se a concentração do poder decisório nos credores – especialmente na aprovação ou rejeição apresentado pelo comerciante e na administração de seus bens (VASCONCELOS, 2013, p. 59). As disposições referentes à Assembleia de Credores não diferem significativamente da legislação anterior – mantendo-se, por exemplo, a necessidade da assembleia para decisões importantes, como a nomeação de credores para a comissão fiscal e atuação como síndicos definitivos (VASCONCELOS, 2013, p. 69).

A exemplo do diploma antecessor, porém, este também teve uma vigência pouco duradoura – menos de uma década. Em 1908, a legislação falimentar foi novamente alterada, entrando em vigor a Lei nº 2.024. Os objetivos visados com a nova alteração, a exemplo da última, diziam respeito à erradicação das fraudes e abusos cometidos pelos operadores do Direito envolvidos no processo falimentar (VASCONCELOS, p. 70).

Aqui, a exemplo do que já ocorria em legislação anterior, a sentença que declarava aberta a falência também determinava a realização da primeira assembleia, estipulando dia, hora e lugar (art. 16, *f*, e art. 18, 3, e ainda art. 100, *caput*)¹⁰.

A assembleia a que se fez menção encerrava a fase de informação, em que a falência era administrada por síndicos nomeados pelo juiz. Seguia-se então a fase de liquidação, cujos liquidatários eram escolhidos pelos próprios credores. Nesta segunda fase, a assembleia dos credores poderia ser convocada por solicitação dos que representassem no mínimo um quarto dos créditos admitidos na falência (art. 100).

mudança brusca do sistema falimentar; a facilidade que tinham os devedores de afastar a decretação da falência, pelo emprego de meios preventivos; a autonomia excessiva dos credores, e, sobretudo, o falseamento do sistema na aplicação da lei, pelo cancelamento dos princípios que a inspiraram, concorreram para o descrédito do dec. nº 917.” (1999, v. 1, p. 9)

¹⁰ Nos procedimentos especiais havia ainda a previsão para o procedimento sumário, adotado quando o ativo do falido – apurado por balanços ou outras informações – não excedesse quinze contos de réis (art. 178, *caput*), havendo também a realização de uma assembleia de credores.

Os artigos 101 e 102 traziam, ainda, numerosas cláusulas pormenorizando o funcionamento da assembleia. Visava-se, pois, a defesa dos direitos dos credores, sendo tal objetivo inalcançado pela prática, como assinala Waldemar Martins Ferreira:

Na pratica, entretanto, não são religiosamente observadas. Innumeras assembléas se realizam (...) sem a presidência do juiz de direito, o que tem contribuído para a desmoralização do processo de fallencia entre nós, limitando-se os juizes a assignar, nos seus gabinetes, actas de assembléas a que não estiveram presentes e quase nenhuma assembléa se realiza no dia designado pela sentença. (...). Em regra, a assemblea é, muito de indústrias, transferida e tantas quantas vezes requerido, para dar tempo ao fallido de negociar os votos, ou de comprar as adesões de seus credores (1927, v. II, p. 180)

Nesta assembleia, facultava-se ao devedor apresentar a proposta de concordata suspensiva. O quórum necessário à sua aprovação dependia da forma do pagamento – a vista ou a prazo – prevista na proposta, conforme artigo 106:

Art. 106. A proposta de concordata para ser válida e produzir efeitos juridicos, si o pagamento fôr á vista, deverá ser acceita:

- a) por maioria de credores, representando, pelo menos, tres quintos do valor dos creditos, si o dividendo offerecido fôr superior a 60 %;
- b) por dous terços de credores, representando, pelo menos, tres quartos do valor dos creditos, si o dividendo fôr superior a 40 %;
- c) por tres quartos dos credores, representando, pelo menos, quatro quintos do valor dos creditos, si o dividendo fôr até 40 %.

§ 1º Si o pagamento do dividendo fôr a prazo, esse não poderá ser maior de 2 annos, e a proposta da concordata, para ser válida e produzir efeitos juridicos, deverá ser acceita por credores, representando, pelo menos, tres quartos do valor dos creditos.

A fim de se verificar a maioria, não se computavam os votos dos créditos garantidos por hipoteca, privilégios, penhores, anticrese ou direito de retenção; por outro lado, poderiam votar se renunciassem às suas garantias. Excluídos também créditos dos parentes até o 4º grau e seus cessionários, tendo a cessão menos de um ano. Por fim, desconsiderados ainda os créditos cedidos mediante atos *inter vivos*, ainda que por endosso, depois de declarada a falência.¹¹

¹¹ Art. 106, §2º, 1., 2. e 3., e §3º da Lei 2.024 de 1908.

Interessante mencionar que a Lei 2.024 trouxe, em seu artigo 32, um rol de direitos dos credores, entre os quais a intervenção, como assistentes, de quaisquer ações em que a massa fosse parte; fiscalizar a administração da massa falida, requerer e promover no processo o que for a bem da referida massa e à execução da presente lei (art. 32, 2º); e, ainda, examinar livros e papéis do falido, independente de ordem ou autorização do juiz.

Apesar das garantias expressas, e do detalhamento do funcionamento da assembleia, a Lei 2.024 foi criticada pela doutrina, que entendeu haver um excesso de poder conferido aos juízes (VASCONCELOS, 2013, p. 87-88). A respeito desta ponderação entre credores e magistrado, seguem os comentários do autor da Lei, José Xavier Carvalho de Mendonça¹²:

A Lei nº 2.024 tivera talvez o defeito de confiar demais nos juízes, a cujo saber, inteligência e discricção entregou a sua parte mais delicada e fundamental, a verificação e classificação dos créditos. (...)

Mas, a quem se devia entregar essa preciosa tarefa? Aos credores, partes no processo? Como saber quaes os verdadeiros e os simulados? (...) É justo, é útil que elles intervenham e cooperem na administração da massa e na sua liquidação; porém, só ao magistrado devem ser attribuidas, no primeiro período do processo, as funcções de apurar os direitos dos interessados, de afastar a fraude dos credores, do devedor e de terceiros com estes parcerados, e de investigar, auxiliado pelo ministerio publico, o procedimento do falido. (1955, v. VII, p. 118-119 *apud* VASCONCELOS, 2013, p. 87)

Já em 1929 houve a edição do Decreto nº 5746, que inseriu mudanças pontuais na Lei 2.024/1908. Dentre as mais relevantes, a alteração do quórum da proposta de concordata. Passou-se a exigir a maioria de credores representando pelo menos: 60% do valor dos créditos, se o dividendo oferecido superasse 50%; 65%, sendo o dividendo oferecido superior a 45%; e, por fim, e 70%, caso o dividendo oferecido igualasse ou superasse os 40%. Ademais, condicionou-se a proposta de concordata ao pagamento, à vista, de valor não inferior a 40% do total da dívida (art. 106).

Entre as alterações, ainda, atribuiu-se a estes a determinação do prazo para a liquidação do ativo – passando-se a aplicar o disposto no Decreto apenas no silêncio

¹² MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. v. VII, 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

dos credores (art. 121). As mudanças visavam concretizar a ideia da concordata como um grande *acordo de vontades* entre o devedor e os credores – consagrando, assim, uma “visão contratual da concordata de maioria” (SIMIONATO, 2008, p. 100).

Novamente, inobstante as adaptações realizadas em 1929, a realidade dos negócios e de toda a conjuntura mundial tornou imperiosa uma alteração legislativa. De um lado, o advento de diversos diplomas legislativos – o Código de Processo Civil, em 1939, a Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, etc. – tratando, em alguma medida, de assuntos correlatos à legislação falimentar, contribuiu para que, em 1945, fosse editado um novo Decreto sobre o direito falimentar (MACHADO¹³, S. M., 1960, *apud* VASCONCELOS, 2013, p. 91).

Para além disso, vivenciava-se o fim da Segunda Guerra Mundial, iniciando profundas mudanças, especialmente de caráter político e econômico. Assim, o Decreto-Lei de 1945, embora editado ainda no período do Estado Novo, já demonstra esse novo panorama de transição para um regime democrático e a adequação do ordenamento jurídico (MACHADO, R. A., 2007, p. 21-22).

Em 1945, o Decreto nº 7.661 instaurou uma mudança essencial na concordata (NEGRÃO, 2010, p. 31). Desde o Código Comercial de 1850 (vide seu art. 847), todos os diplomas filiavam-se à teoria contratual, pela qual a concessão ou recusa da concordata estavam a cargo dos credores (REQUIÃO, 1995, v. II, p. 16).

Ainda que variassem – como já apresentado – quóruns e condições necessárias para a aprovação, esse era o *Leitmotiv* da legislação falimentar até o advento do Decreto nº 7.661. O novo diploma legal inaugurou então, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a teoria processualista (VASCONCELOS, 2013, p. 92).

Assim, a concordata passou a depender prioritariamente do juiz, tendo este o *poder-dever* de deferir o pedido se presentes os requisitos legais (SIMIONATO, 2008, p. 100). Esta troca na atribuição esvaziou a concordata do seu conteúdo – o *acordo* –, abstraindo-a de qualquer negociação e *concordância* (PONTES DE

¹³ MACHADO, Sylvio Marcondes. **Direito comercial: falência**. São Paulo, 1960. Aulas ministradas no curso de direito falimentar para alunos do quarto ano da faculdade de direito do Largo de São Francisco (USP). p. 21-22.

MIRANDA, 1960, v. 30, p. 27). No mesmo sentido, Rubens Requião sublinha a alteração trazida:

[Com o Decreto 7.661 de 1945] Passou a imperar, então, a teoria da *concordata sentença*. Passa a concordata a não ser mais uma concessão dos credores, mas do juiz. Um favor concedido pelo Estado, por sentença do juiz, ao comerciante honesto, porém infeliz em seus negócios (1995, v. II, p. 16)

Entre as razões para a mudança, Trajano de Miranda Valverde (1999, v. II, p. 18), um dos elaboradores do Decreto-Lei 7.661, aponta a autonomia excessiva dos credores, a incapacidade destes de cercearem eventuais fraudes, e a prevalência de interesses pessoais nas deliberações¹⁴. Já Nelson Abrão (1993, p. 193) aponta a restrição temática dos conclaves assembleares como consequência da ineficácia deste órgão – esta gerada pelo desinteresse dos seus membros na tramitação processual¹⁵.

¹⁴ Comenta ainda Trajano de Miranda Valverde: “Há dez anos, quando se discutia no Congresso a reforma da Lei 2.024, tive a ocasião de escrever para *O Jornal*, de 23 de julho de 1929, um artigo, intitulado ‘Como dificultar o império da fraude’, em que mostrava residirem os males do processo da falência e da concordata no fato de a lei entregar a sorte do devedor às mãos dos credores. E, após apontar os meios de fraudes em uso, e ainda agora empregados, esbocei o processo de concordata-sentença. Entre outros argumentos, dizia: ‘Se a concordata, suspensiva ou preventiva, é *um favor*, que a lei concede ao devedor honesto e de boa-fé, injustificável é, a nosso ver, o sistema geralmente adotado de deixar ao arbítrio exclusivo da outra parte – *maioria de credores* – a concessão ou não deste favor.” (1999, v. II, p. 237)

¹⁵ Convém ainda apresentar trechos da Exposição de Motivos do Anteprojeto da Lei de Falências em comento, de Alexandre Marcondes Filho, justificando a opção legislativa: “No direito atual, a formação da concordata depende da livre manifestação da vontade dos credores, através de quórum de votação, reservando-se ao juiz, simplesmente, a homologação do acordo com o devedor. A lei cogita apenas das condições em que a deliberação da maioria obriga a minoria. O sistema, entretanto, não produz os resultados que seriam de desejar. É peculiar ao instituto, no direito vigente, a imposição da deliberação da maioria sobre a vontade dos dissidentes. A preponderância da maioria, nas deliberações coletivas, somente se legitima quando todas as vontades deliberantes se manifestam, tendo em vista o interesse comum que as congregou. Ora, nas concordatas formadas por maioria de votos, os credores deliberam sobre a pressão do seu interesse individual, deturpando o sentido coletivo da deliberação e tornando ilegítima a sujeição da minoria. E a verdade é que, na vigência desse sistema, se tem verificado a constância dessa anomalia através dos entendimentos externos do processo, o que importa na quebra da igualdade de tratamento dos credores, princípio informativo do processo falimentar. Atendendo a essas ponderações, consagra a concordata como favor concedido pelo juiz, cuja sentença substitui a manifestação da vontade dos credores na formação do contrato, reservados, entretanto, a estes, o exame e discussão das condições do pedido do devedor em face das exigências da lei.” (in: MUNHOZ, 2007a, p. 185-186).

Os únicos direitos – exercidos individualmente – garantidos aos credores estavam dispostos no art. 30, quais sejam: a) intervir, como assistentes, em ações/incidentes em que a massa fosse parte ou interessada; b) fiscalizar a administração da massa (podendo realizar requerimentos de interesse dos credores); e c) examinar livros e papéis do falido e da administração da massa, independentemente de autorização do juiz.

Entre as consequências práticas do papel coadjuvante assumido pelos credores no Decreto 7.661/45, o esvaziamento da Assembleia de credores¹⁶. Diminuiu-se significativamente a quantidade de temas deliberados: a formação do contrato de união (já extinta em 1908), a nomeação dos síndicos, e – principalmente – a proposta de concordata foram temas não contemplados pelo diploma.

Em suma, a regulação da assembleia restringiu-se aos artigos 122 e 123 do Decreto 7.661. Entre outros aspectos procedimentais, ali se previu que os credores poderiam deliberar acerca de meio alternativo de realização do ativo. Não se entrou no mérito, portanto, dos pagamentos devidos pela massa, ou outros assuntos de relevo.

As limitações à ação dos credores levaram a Assembleia a cair em desuso, tornando-se – durante os 60 anos de vigência do Dec. 7.661 – *desconhecida* na prática (BEZERRA FILHO, 2007, p. 115). A respeito da posição dos credores neste diploma legal, ensina Waldemar Martins Ferreira:

Domina todo o sistema, no que tem ele de novo, o deliberado propósito de beneficiar ao devedor, em detrimento dos credores. [...] A nova lei mostrou-se inexorável contra os credores, restringindo-lhes o exercício de seus direitos creditórios. Não mais lhes é dado intervir no processo liquidatório, elegendo o liquidatário. Nem, tão pouco, intervir na concordata, preventiva ou suspensiva da falência, senão em termos que lhes impossibilitavam verdadeiramente defender, eficientemente, seus créditos. [...]. Ainda que os credores, unanimemente se lhe oponham, ao juiz é dado outorgá-la. Tudo pode ser isso, menos concordata. (1951, v. IV, p. 47)

A abrupta restrição de direitos teve por consequência prática a desconfiança dos credores ante o requerimento da concordata pelo empresário em crise. O

¹⁶ Ideia reforçada pela ausência de previsão para a constituição de um órgão de fiscalização e acompanhamento – seja da falência ou da concordata – com a característica do *comité de credores*, como foi cediço em outros diplomas.

instituto passou a ser percebido como fase pré-falimentar – e não como meio para superação da crise (WAISBERG e WALD, 2009, p. 327).

Conforme analisa o Ministro Maurício Corrêa¹⁷, o modelo instaurado em 1945 não suportou, contudo, as transformações econômico-sociais ocorridas no Brasil (1993, *apud* NEGRÃO, 2010, p.43)¹⁸, bem como, as mutações havidas na economia mundial, especialmente com o advento da globalização (MACHADO, R. A., 2007, p. 22). No mesmo sentido, Rachel Sztajn:

Essas medidas [falência e a concordata suspensiva] atendiam a necessidades econômicas de funcionamento dos mercados em sociedades de base agrícola ou agropecuária, de baixo nível de industrialização, sendo menos adequadas em face das enormes transformações sócio-econômicas que tiveram início na década de 50 do século passado. O acelerado processo de industrialização, avanços tecnológicos e internacionalização da economia e a crescente inserção do país em novos mercados tornaram aqueles institutos defasados para compor os reclamos da sociedade. (2005, p. 54)

¹⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Exposição de Motivos n. 343, de 27 de julho de 1993. Encaminha texto de projeto de lei sobre falências e concordata. Anexado à Mensagem n. 1.014, de 21 de dezembro de 1993, que encaminha o Projeto n. 4.736, de 1993, ao Congresso Nacional.

¹⁸ Da mesma forma, vale citar a seguinte explanação, extraída do Relatório do Sen. Ramez Tebet: “Talvez seja mais que coincidência o fato de a atual Lei de Falências – o Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 – ser contemporânea da Conferência de Bretton Woods, de julho 1944, marco da instauração da ordem mundial capitalista no pós-guerra, que vigeu praticamente inalterada até o início dos anos 70.

O pós-guerra, do ponto de vista econômico, pode ser caracterizado, em uma abordagem concisa, como um período de previsibilidade e de forte regulação. As características e instituições cruciais do sistema de Bretton Woods eram:

- a) a paridade dólar-ouro, cuja extinção por ato unilateral dos Estados Unidos, em 1971, pode ser vista como o réquiem do período;
- b) a restrita movimentação internacional de capitais financeiros, condizente com um baixo nível de flutuação das várias moedas internacionais;
- c) o Fundo Monetário Internacional, no papel de prestador internacional de última instância, em casos de grave desequilíbrio no balanço de pagamentos dos países-membros.

Desse mundo quase bucólico se comparado à tumultuada configuração econômica atual, pode-se dizer que restaram apenas um ou outro traço simbólico.

Em primeiro lugar, as moedas internacionais passaram a flutuar consideravelmente em curtos espaços de tempo. Exemplo é a flutuação do dólar em relação ao euro. Desde que este tornou-se moeda conversível, há mais de quatro anos, já oscilou entre 82 centavos de dólar e um dólar e vinte e nove centavos. É notável o contraste com a calma do pós-guerra, em que as antigas moedas da Comunidade Européia, por acordo, não podiam flutuar mais que 1% em relação às demais, e em que o dólar tinha seu valor fixado a uma dada quantidade de ouro.

Em segundo lugar, as barreiras atuais à movimentação de capitais são tênues se comparadas ao estágio anterior, em que as transações financeiras internacionais eram totalmente controladas e ocorriam em escala e frequência muito menores.

(...)

Mas a mudança incessante, a turbulência e a incerteza não são características apenas da macroeconomia. Na esfera microeconômica – aquela que trata da constituição e interação das empresas e dos agentes individuais – a transformação no panorama é igualmente radical (...)” (2004, p. 8-9).

Esse quadro de profunda defasagem entre a realidade empresarial e o Decreto-Lei 7.661/1945 levou à necessidade de uma reforma substancial no direito falimentar brasileiro (MACHADO, R. A., 2007, p. 22). A necessidade de aprimorar a legislação falimentar é corroborada pela lentidão com que se processavam os institutos ali previstos – em média, o processo demorava 12 anos (BIOLCHI, 2009, p. XXXVII). A respeito dos efeitos do tempo sobre o processo falimentar, comenta Modesto Carvalhosa:

O tempo e a incerteza corroem os ativos e afastam os indispensáveis investimentos necessários à recuperação da empresa. Até mesmo porque o direito que socorre as empresas em crise sofre direta influência das regras do mercado. E o regime de livre mercado, por sua vez, baseia-se em uma estrutura específica de motivações (punições e recompensas econômicas) que termina a conduta dos agentes econômicos. O mercado necessita de comportamentos previsíveis para garantir a tão almejada eficiência alocativa de capital. (2009, p. 282)

Assim, no início da década de 90, uma Comissão criada pelo Ministério da Justiça elaborou uma primeira minuta de anteprojeto, que foi reencaminhada para diversas entidades relacionadas ao tema para estudo, análises e sugestões (MACHADO, R. A., 2007 p. 23). Depois, o anteprojeto do Ministério da Justiça transformou-se em projeto de lei, de iniciativa do Poder Executivo – o PL 4.376, de 1993.

Depois de mais de dez anos de tramitação, sob relatoria do Deputado Osvaldo Biolchi, o projeto seguiu para o Senado (transformando-se no PLC 71, de 2003), onde sofreu significativas alterações – principalmente na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), onde teve por relator o Senador Ramez Tebet.

Após retornar à Câmara Federal, foi aprovada em sessão plenária em 14 de dezembro de 2004, sendo, por fim, sancionado em 09 de fevereiro de 2005.

Entre as principais alterações para a legislação anterior, a Lei 11.101/2005, destaque para a criação dos institutos da recuperação judicial e extrajudicial – deixando de regular a concordata¹⁹. Ademais, ao passo que o Decreto-lei 7.661

¹⁹ Fábio Ulhoa Coelho apresenta as principais diferenças entre os institutos da concordata (preventiva ou suspensiva) e a recuperação judicial:

aplicava-se ao *comerciante*, agora se sujeitam a ela o empresário e a sociedade empresária, conforme definição do Código Civil de 2002.

Ricardo Negrão elenca como traços distintivos da legislação em vigor, frente às anteriores:

(a) ampliação do universo de credores, até então limitado aos credores quirografários; (b) não limitação dos meios recuperatórios; (c) criação de ambiente próprio à negociação entre credores e devedor; (d) clara definição da finalidade do processo recuperatório. (2010, p.36)

As alterações observadas por Negrão – principalmente de letras ‘c’ e ‘d’ encontram-se referenciadas entre os princípios²⁰ adotados na análise e modificação do PLC n. 71, de 2003, e elencados no relatório redigido e apresentado pelo Sen. Ramez Tebet ao CAE adotados na análise e modificação do PLC n. 71, de 2003:

1) **Preservação da empresa:** em razão de sua função social, a empresa deve ser preservada sempre que possível, pois gera riqueza econômica e cria emprego e renda, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Além disso, a extinção da empresa provoca a perda do agregado econômico representado pelos chamados intangíveis como nome, ponto comercial, reputação, marcas, clientela, rede de fornecedores, know-how, treinamento, perspectiva de lucro futuro, entre outros.

(...)

9) **Participação ativa dos credores:** é desejável que os credores participem ativamente dos processos de falência e de recuperação, a fim de que, diligenciando para a defesa de seus interesses, em especial o recebimento de seu crédito, otimizem os resultados obtidos com o processo, com redução da possibilidade de fraude ou malversação dos recursos da empresa ou da massa falida. (2004, p. 19-20)

a) a concordata é um direito a que tinha acesso todo empresário que preenchesse as condições da lei, independentemente da viabilidade de sua recuperação econômica, mas à recuperação judicial só tem acesso o empresário cuja atividade econômica possa ser reorganizada; b) enquanto a concordata produz efeitos somente em relação aos credores quirografários, a recuperação judicial sujeita todos os credores, inclusive os que titularizam privilégio ou preferência (a única limitação legal é o pagamento das dívidas trabalhistas em o máximo 1 ano), exceto os fiscais (que devem ser pagos ou parcelados *antes* da concessão do benefício); c) o sacrifício imposto aos credores, na concordata, já vem definido na lei (dividendo mínimo) e é da unilateral escolha do devedor, ao passo que, na recuperação judicial, o sacrifício, se houver, deve ser delimitado no plano de recuperação, sem qualquer limitação legal, e deve ser aprovado por todas as classes de credores. Atente: se o devedor é microempresário ou empresário de pequeno porte, a recuperação judicial segue rito simplificado. (2009, p. XLIX)

²⁰ São eles: i) preservação da empresa; ii) separação dos conceitos de empresa e de empresário; iii) recuperação das sociedades e empresários recuperáveis; iv) Retirada do mercado de sociedades ou empresários não recuperáveis; v) Proteção aos trabalhadores; vi) Redução do custo do crédito no Brasil; vii) Celeridade e eficiência dos processos judiciais; viii) Segurança jurídica; ix) Participação ativa dos credores; x) Maximização do valor dos ativos do falido; xi) Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte; xii) Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial. (2004, p. 19-21)

Ainda, tais princípios e o escopo da Lei 11.101/2005 encontram-se positivados no seu artigo 47, *in verbis*:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

No que tange especificamente aos credores, sua ativa participação terá como principal *locus* a Assembleia-geral de Credores, como observa Rachel Sztajn (2005, p. 53). Já se destacou o esvaziamento da AGC – e da participação dos credores como um todo – na legislação imediatamente anterior à Lei 11.101/2005, em virtude do pouco valor dado às suas deliberações, de todo já restritas à realização do ativo na falência (SZTAJN, 2005, p. 61). Diferentemente, a Lei em vigor deu aos credores – especialmente por meio da AGC – um protagonismo no processo de recuperação judicial, como se verá nos tópicos seguintes (TOLEDO, 2013, p. 313).

2.2 CONCEITO E FUNÇÃO DA AGC

A Lei nº 11.101/2005 não trouxe, em seu bojo, uma definição da *Assembleia-Geral de Credores*²¹. Valendo-se, contudo, da sua natureza e funções, Fábio Ulhoa Coelho (2010, v. 3, p. 392-393) a define como *órgão colegiado e deliberativo*, ao qual incumbe a “manifestação do interesse ou vontade predominantes entre os que titularizam crédito perante a sociedade empresária requerente da recuperação judicial sujeitos aos efeitos desta”.

²¹ Utiliza-se nesse trabalho a denominação *Assembleia-Geral de Credores*, seguindo terminologia legal e doutrinária a respeito. Ressalte-se, contudo, que a dita Assembleia-Geral nem sempre será realizada no foro do seu plenário. Além deste, há mais quatro instâncias deliberativas, que correspondem às classes de credores. Quando a matéria se relacionar ao Comitê de Credores (sua constituição, eleição ou substituição dos seus membros, etc.) ou ao plano de recuperação judicial, haverá a reunião nas diferentes classes para deliberação.

A respeito dos interesses envolvidos, destaquem-se as palavras de Alfredo de Assis Gonçalves Neto (2007, p. 244), ao frisar que a AGC “não representa a vontade de cada credor isoladamente considerado nem pode dispor sobre seus interesses e direitos individuais”, mas tem por fim “exteriorizar a vontade coletiva dos credores (...)”. No mesmo sentido, Erasmo Valladão (2005, p. 72).

Sérgio Campinho (2006, p. 467) destaca a formação em classes, afirmando ser uma “reunião dos credores sujeitos aos efeitos da falência ou da recuperação judicial, ordenados em categorias derivadas da natureza de seus respectivos créditos (...)”²².

Ricardo Negrão traz um conceito abrangendo a constituição e a convocação, como se depreende do excerto que segue:

A assembleia geral é órgão deliberativo constituído por todos os credores concursais admitidos provisória ou definitivamente no quadro geral de credores, reunidos mediante provocação apresentada pelo administrador judicial, pelo Comitê de credores ou por credores que representam pelo menos 25% do valor total de créditos de uma determinada classe ou, ainda, por ato de ofício, pelo juiz condutor do processo de falência ou de recuperação judicial (NEGRÃO, 2007a, p. 93)

Jairo Saddi (2009, p. 286), mais sucinto, conceitua a AGC como o órgão deliberativo máximo dos que possuem crédito junto à sociedade empresária em recuperação judicial. Neste sentido, Bezerra Filho (2007, p. 115) também ressalta que, em termos de “hierarquia” sobre as atribuições exercidas, a AGC estaria no mais alto escalão entre os órgãos previstos na Lei 11.101/2005, acima do Comitê de Credores, que por sua vez estaria acima do administrador judicial²³.

Como é possível auferir dos conceitos supra, a AGC possui papel central no processo de recuperação judicial: trata-se, pois, do principal instrumento de atuação

²² Vale pontuar que a classificação dos credores nas diferentes classes só terá importância no âmbito da recuperação judicial. Como destaca Alfredo de Assis Gonçalves Neto: “Na falência o que prevalece é o critério do valor do crédito, pouco importando sua natureza, salvo quando se tratar de eleição dos membros do Comitê de Credores, cuja divisão, no entanto, e por manifesto equívoco, não retrata fielmente as mesmas classes nas quais se distribuem os credores para atuar em assembleia (...)”. (2007, p. 244.).

²³ Diverge, neste ponto, Mario Sergio Milani (2011, p. 169-170), que destaca não vislumbrar, na Lei nº 11.101/2005, qualquer hierarquia entre os órgãos citados (AGC, Comitê de Credores e o Administrador Judicial), somando a estes ainda o juiz. Segundo o mesmo autor, o que se pode afirmar é que a lei atribuiu a cada um deles um feixe de atribuições que deve ser respeitado.

dos credores no processo de recuperação judicial (COELHO, 2010, p. 393). Através dela, portanto, é que os credores irão diligenciar na defesa dos seus interesses, com vistas a otimizar os resultados e reduzir a possibilidade de fraudes ou da malversação dos recursos da empresa em crise (SOUZA, 2009, p. 116).

Convém ainda lembrar a lição de Ronaldo Alves de Andrade:

A assembleia geral de credores foi instituída pela nova Lei de regência com o escopo de outorgar aos credores uma ativa participação no processo de recuperação de empresas em dificuldades de atuação no mercado econômico e no processo de falência. Essa ativa participação é proporcionada por diversos mecanismos de atuação que vão desde a aferição da viabilidade da recuperação da empresa até formas alternativas de liquidação dos bens do falido (2005, p. 177)

Em complemento, note-se que a realização da AGC visa proporcionar às diferentes classes de credores um acesso equânime às informações relevantes no processo de recuperação. Assim, privilegia-se a transparência de todo o certame, evitando, ainda, fraudes e desvios (ARAGÃO; BUMACHAR, 2007, p. 112).

Assim, para compreender como se concretiza esta participação, a permitir a válida expressão da vontade coletiva da comunhão de credores, ver-se-ão, na sequência, as hipóteses e os trâmites legais para sua convocação e realização.

2.3 HIPÓTESES E FORMA DE CONVOCAÇÃO

Inobstante o papel fundamental que ela exerce, conforme já demonstrado no ponto anterior, a AGC não é um órgão obrigatório no processo de recuperação judicial (e tampouco na falência)²⁴: “trata-se de órgão facultativo e não permanente de decisões dos credores, instalado (...) para decidir situação específica eventualmente surgida no curso do processo.” (CAMPINHO, 2006, p. 75).

²⁴ Em sentido contrário, Edson Isfer (2006, p. 44) e Lêda Maria Guimarães (2005, p. 71).

Assim, ao contrário das figuras do juiz, do Ministério Público e do administrador judicial, órgãos sempre presentes nos processos em questão, a AGC não será, necessariamente, instalada. Para que seja convocada, na recuperação judicial, é preciso que haja objeção de um ou mais credores ao plano apresentado pelo credor (art. 56).

Contudo, ainda que não seja obrigatória, na prática a AGC é comumente instalada, visto que representa “efetivo poder de interferência e influência disposto a favor dos credores” (CAMPINHO, 2006, p. 75). Ademais, como observa Fábio Ulhoa Coelho (2010, v. 3, p. 392), ao tratar dos órgãos específicos da recuperação judicial (AGC, Comitê de Credores e administrador judicial), a complexidade dos interesses dos diferentes agentes envolvidos e dos fundamentos técnicos da recuperação de uma empresa em crise torna imperiosa a presença de instâncias deliberativas e fiscais para permitir a sobrevivência da empresa explorada pela sociedade devedora.

Como apresentado no início do tópico, a Assembleia será convocada em diferentes momentos ao longo do processo de recuperação judicial. As matérias que surgem podem ser: *simplesmente acidentais*, quando a instalação da AGC é facultativa, ou *decorrerem de uma situação processual específica*, quando é obrigatória (CAMPINHO, 2006, p. 75).

As matérias *acidentais* demandam a convocação e instalação por atenderem a interesses momentâneos, de cunho geral ou particular a uma classe de credores. A seu turno, as matérias que demandam instalação obrigatória funcionam como condição indispensável à solução de uma determinada questão no processo (CAMPINHO, 2006, p. 75).

A *competência* para convocação da AGC é exclusivamente do juiz incumbido de conduzir o processo, por expressa disposição do art. 36, *caput*²⁵. Já a *legitimidade* para a convocação recai sobre vários agentes (COELHO, 2010, v. 3). O próprio magistrado pode fazê-lo para além das hipóteses legais, *ex officio*, quando o achar conveniente (COELHO, 2010, v. 3, p. 393).

²⁵ Diz o referido dispositivo legal: A assembleia-geral de credor será convocada pelo juiz por edital publicado no órgão oficial e em jornais (...).

São ainda legitimados o próprio devedor, os credores (separadamente ou pelo Comitê) e o administrador judicial. Aquele, quando requisitar a desistência do pedido de recuperação judicial após este ter sido deferido pelo juiz (art. 52, § 4º).

O mais comum, porém, é que o requerimento seja realizado pelos credores, em virtude do seu interesse na deliberação sobre assuntos correlatos (CAMPINHO, 2006, p. 77). Além dos casos expressos na lei, eles poderão fazê-lo quando representarem pelo menos vinte e cinco por cento do valor total dos créditos de uma classe, postulando a convocação para deliberação sobre qualquer assunto de seu interesse (art. 36, § 2º).

Os credores poderão pedir a convocação da AGC através do Comitê de credores: quando constituído, este também será legitimado para, querendo, requerer ao magistrado a convocação da assembleia-geral sempre que seus membros a julgarem conveniente (art. 27, I, e).

Além disso, o administrador judicial, quando não formado o Comitê de credores, assumirá suas funções (art. 28) – podendo, portanto, requerer a convocação tal qual o órgão cujas atribuições assumirá (CAMPINHO, 2006, p. 77). Ademais, a alínea g, do inciso I, do art. 22 traz a previsão de requerer ao juiz a convocação da AGC nos casos previstos em lei – quando caberia a convocação *ex officio* [exceção feita à do art. 99, XII] – ou ainda quando entender que sua oitiva é importante para a tomada de decisões (CAMPINHO, 2006, p. 77).

Feito o pedido para convocação da AGC por um dos agentes supramencionados, e estando de acordo com os ditames legais, o juiz anunciará a convocação por intermédio de edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação tanto na sede como nas filiais, se existirem, do devedor (art. 36, *caput*), com antecedência mínima de 15 dias, contendo o detalhamento previsto nos incisos do art. 36. Ademais, cópia da convocação deverá ser afixada no estabelecimento da sede e das filiais, quando existirem (art. 36, § 1º).

Acerca da necessidade da publicação em jornais, tem-se aceitado que, em havendo diversas filiais, as respectivas publicações sejam substituídas por uma em

jornal de circulação nacional (VASCONCELOS, 2013; MANGE, E. F., 2010)²⁶. A justificativa, evidentemente, é a de otimizar os poucos recursos do devedor em crise, a quem incumbem as despesas da convocação e realização da AGC²⁷.

Outra solução apresentada pela doutrina, mais sensível à situação delicada da sociedade devedora, seria a publicação apenas em órgão oficial, aliada à intimação aos credores pela via postal, com carta de aviso de recebimento. Desta feita, abrir-se-ia mão da publicação nos jornais, cujos custos tornam-se mais um ônus para o devedor em crise (SIMIONATO, 2008, p. 109).

Por fim, é possível supor que a publicação dos editais tende a desaparecer, pela sua parca eficiência aliada aos altos custos. Primeiramente, porque, neste momento processual, boa parte dos credores já está a par da situação pela comunicação realizada pelo administrador judicial (art. 22, I, a), sendo que seus respectivos advogados tomarão nota da publicação e avisarão seus clientes.

Em segundo lugar, a publicação da convocação no sítio eletrônico da sociedade empresária em recuperação, do juízo onde se processa o feito, e talvez no sítio eletrônico do administrador judicial, seriam substitutivos muito mais eficientes que a publicação em jornais ou editais (MANGE, E. F., 2010, p. 40). Sem prejuízo, evidentemente, do envio de e-mails e cartas aos credores.

Fiel ao texto legal, a jurisprudência tem sido rigorosa na cobrança dos requisitos dispostos no art. 36. Assim, por exemplo, o seguinte excerto de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

1. O art. 36, da Lei 11.101/2005, exige a publicação do edital de convocação da assembleia de credores, tanto no órgão oficial como no jornal de circulação no local da sede da empresa recuperanda e de suas filiais com antecedência mínima de quinze dias.
2. O não atendimento aos requisitos cumulativos expressamente anunciados na lei especial acarreta a nulidade da assembleia de credores que delibera sobre o plano de recuperação e de todos os atos

²⁶ Invertendo a lógica supra, mas visando também a redução dos custos, o caso da Viação Aérea São Paulo (VASP) é oportuno: no caso, o administrador judicial relatou ter sido a empresa desobrigada a publicar o edital com a relação de credores no Diário Oficial do Estado, ficando, porém, obrigada a publicar a íntegra em jornal de grande circulação, além da disponibilização da relação no site da empresa. (TAJRA; GIASANTE, 2009, p. 146).

²⁷ Vide art. 36, § 3º. Ressalvam-se as convocações realizadas pelo Comitê de Credores ou pelos credores que representem pelo menos 25% dos créditos de uma determinada classe (vide art. 36, § 2º).

subsequentes do processo de recuperação judicial.²⁸ (TJPR, Agravo de Instrumento nº327.929-0, Rel. Des. Renato Naves Barcellos, j. 31.01.2007)

2.4 COMPETÊNCIA DE DELIBERAÇÃO

Como já foi destacado, o legislador arquitetou o processo recuperatório de forma que os credores tivessem papel decisivo sobre a sorte do devedor²⁹. Neste ponto, convém trazer à baila lição de Rachel Sztajn (2005, p. 55):

A nova lei dá a quem tem interesse na preservação do regular funcionamento do mercado de crédito a possibilidade de analisar as condições de superação da crise e o poder para decidir quanto à viabilidade de preservar, ou não, aquelas atividades econômicas que passem por processo de crise, seja ele de iliquidez, seja de desequilíbrio patrimonial adverso.

Assim, os principais pontos a serem deliberados pela Assembleia de Credores são, no âmbito da recuperação judicial: a) a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial; b) a constituição do Comitê de Credores, seus membros e eventual substituição dos mesmos³⁰; c) o pedido de desistência do devedor (nos termos do § 4º do art. 52); d) o nome do gestor judicial, quando afastado o devedor; e, por fim, e) qualquer outra matéria afeta aos interesses dos credores (art. 35, I, a a f).

²⁸ In IMHOF, Cristiano. Lei de Falência e de Recuperação de Empresas e sua interpretação jurisprudencial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 138. Apud MANGE, 2010. p. 41).

²⁹ É o que se depreende, por exemplo, do seguinte excerto do Relatório do Senador Ramez Tebet: O projeto também acerta ao apontar os credores – que participam do mercado em que está inserido o devedor e são, afinal, os maiores interessados no êxito do processo – como as pessoas mais indicadas para decidir acerca da viabilidade do plano de recuperação preparado pelo devedor. O mesmo é reforçado pela lição de Fábio Ulhoa Coelho: Como se percebe, as mais relevantes questões relacionadas ao processo de recuperação judicial inserem-se na esfera de competência da Assembleia dos Credores. Simplesmente não tramita a recuperação judicial sem a atuação desse colegiado. (2010, v. 3, p. 393).

³⁰ Essa matéria não é de alçada do pleno da Assembleia – a AGC –, mas das respectivas classes que a compõem.

A respeito das hipóteses de convocação da AGC, Frederico Simionato (2008, p. 109) afirma que a sistemática adotada – estabelecendo um grande número de atribuições à Assembleia – poderia causar o engessamento da tramitação do feito. Parte significativa de suas deliberações deveria competir, segundo o autor, ao magistrado, que poderia estabelecer maior agilidade ao feito.

Opinião contrária sustentam Aragão e Bumachar (2007, p. 112), para os quais:

(...) a reforma da legislação falimentar brasileira, em relação à participação dos credores nos processos de recuperação e de falência da empresa devedora, cuidou também de agilizar e otimizar ambos os procedimentos, o que, sem dúvida, será decisivo para incentivar uma efetiva participação dos credores que, por óbvio, são os maiores interessados na solução dos problemas da empresa insolvente. Daí por que nada mais justo e louvável que a nova legislação dê a esses credores a oportunidade concreta de participar de forma ativa e decisiva do processo de execução coletiva e de recuperação da empresa.

De toda forma, a par do ritmo da tramitação – sobre o qual divergem os autores supra –, tem-se que as mais relevantes questões serão resolvidas através da AGC, que por esta razão mostra-se indispensável para a fluência do processo de recuperação judicial (COELHO, 2009, p. 87). Assim, analisar-se-ão as competências específicas de forma individualizada, a seguir.

2.4.1 Aprovação, Rejeição ou Modificação do Plano de Recuperação Judicial

A deliberação sobre o plano de recuperação é a principal competência da Assembleia no processo de recuperação judicial, tendo em vista que o plano constitui a peça angular do processo de recuperação judicial e é o principal componente para a realização dos objetivos do instituto (COELHO, 2009, p. 158; CARVALHOSA, 2009, p. 254).

Ressalte-se que, dentro da esteira do protagonismo atribuído aos credores, a recuperação da empresa, que passa obrigatoriamente pelo plano de recuperação, ficará a cargo exclusivamente da Assembleia³¹ – sendo este poder mitigado apenas pela hipótese de *cram down*, como se verá no tópico 4.3.

Pois bem, o plano de recuperação judicial será apresentado pelo credor no prazo improrrogável de 60 dias, contados da publicação da decisão que houver deferido o processamento da recuperação (art. 53, *caput*). Ele será composto, pelo menos, pelos seguintes elementos: detalhada descrição dos meios de recuperação que serão empregados; demonstração da viabilidade econômica; laudo econômico-financeiro de avaliação dos bens e ativos do devedor³².

Acerca da apresentação e dos elementos integrantes do plano, comenta Jorge Lobo:

A finalidade da norma do artigo 53 é provar, aos credores e ao juízo, que o valor da empresa em funcionamento não só é superior ao que seria obtido caso se decidisse liquidá-la, como, por igual, que a sua continuidade melhor atende aos múltiplos interesses envolvidos, v.g., dos empregados, dos credores, dos consumidores e da coletividade. (2005, p. 393).

Como visto, a deliberação acerca da aprovação, modificação ou rejeição do plano de recuperação judicial virá à pauta da Assembleia sempre que houver objeção a ele, por parte de qualquer credor³³. A ausência de impugnações leva *ipso facto* à sua aprovação tácita (art. 58, *caput*).

A impugnação por parte dos credores poderá ocorrer por diversos motivos, dentre os quais: insegurança na continuidade das relações comerciais; preocupação

³¹ Neste sentido discorre Osvaldo Biolchi: Quem estiver atento à leitura da seção IV dos arts. 35 a 46 desta lei poderá constatar, com facilidade, que o devedor, para recuperar a sua empresa, dependerá mais da Assembleia Geral de Credores (art. 36), que, em última análise, terá o poder de decisão em conceder o prazo necessário para a recuperação da organização empresarial. (...)

Queremos com isso significar que a diminuição dos poderes do juiz na etapa de recuperação da empresa, portanto, implica a atribuição maior do poder de influência relativamente aos credores. (2009, p. XLIV-XLV)

³² Art. 53, I, II e III.

³³ Maria Celeste Moraes Guimarães (2006, p. 162) critica a previsão legal de que *qualquer credor* pode opor objeção ao plano judicial. Segundo a autora, esta disposição abre margem para que um credor insignificativo para o processo possa opor uma objeção com vistas apenas a tumultuar o processo e dificultar a solução da recuperação.

com a veracidade das informações prestadas pelo devedor no plano; ou, ainda, por não se beneficiarem individualmente da situação apresentada (SOUZA JR., 2007).

A análise sobre a pertinência da objeção não será realizada, porém, pelo magistrado: este apenas receberá o pedido, analisará os aspectos formais do pedido e a sua tempestividade³⁴. Neste sentido, tome-se, por exemplo, o seguinte trecho de acórdão do TJ-SP, citando Fábio Ulhoa Coelho:

No entanto, os que seriam mais diretamente prejudicados com a aprovação do plano de recuperação são os próprios credores, razão pela qual, apresentando-se objeção, a lei prevê convocação da assembleia-geral de credores para deliberar sobre o tema (art. 56, *caput*, da NLF). Por isso, a lição de Fábio Ulhoa Coelho: 'Na verdade, não cabe ao juiz apreciar o conteúdo da objeção ou decidi-la. A competência para tanto é de outro órgão da recuperação judicial: a Assembléia dos Credores' (Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, 2ª ed. rev. – São Paulo, Saraiva, 2005, pág. 166). (TJSP – Agravo de Instrumento nº 500.624.4/8-00, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Lino Machado, julgado em 27.3.2008).

Para que se possa decidir acerca da viabilidade do plano, ou apresentar um plano alternativo, é fundamental que os credores que venham a participar da Assembleia tenham analisado detalhadamente o plano de recuperação – para o que contribui o acesso equânime das informações do devedor³⁵.

A principal questão a ser debatida é a viabilidade econômica da empresa. Isto porque, como destaca Rachel Sztajn (2013), será inútil depreender esforços para preservá-la – ainda que se argumente pela garantia de empregos, etc. – sem que esteja evidente a real possibilidade de recuperar-se da crise. Isto porque as implicações sobre o crédito e a capacidade de superá-la dependem da demonstração cabal da rentabilidade e estabilidade futuras (SZTAJN, 2013, p. 53).

Aprovado o plano – seja tacitamente, seja após deliberação assemblear –, este será homologado pelo juiz, dando início à fase de execução da recuperação judicial.

³⁴ O pedido deve ser feito em até 30 dias contados da publicação, pelo administrador judicial, da relação dos credores. Se até então não houver sido publicado edital com aviso do recebimento do plano de recuperação judicial, o prazo decorrerá desta publicação (artigos 7º, §2º, 53 e 55).

³⁵ Vide ponto 2.2, supra.

2.4.2 A constituição do Comitê de Credores, a escolha de seus membros e sua substituição

O Comitê de Credores é um órgão de controle, auxílio da administração e de fiscalização dos atos do devedor (GONÇALVES NETO, 2007, p. 247; MACHADO, R. A., 2007, p. 35). Especificamente quanto à recuperação judicial, sua principal função é a fiscalizatória³⁶ (COELHO, 2009, p. 75-76), razão pela qual o referido órgão guarda relativa correspondência de atribuições com o Conselho Fiscal na Sociedade Anônima (GUIMARÃES L. M., 2005, p. 72).

A origem do Comitê de Credores remonta ao Código Comercial de 1850, cujo art. 845 previa a nomeação de comissão para oferecer parecer sobre os créditos registrados na falência (NEGRÃO, 2010, p. 119). Nos diplomas seguintes, ora teve seu leque de atribuições aumentado³⁷, ora foi inteiramente suprimido³⁸.

A criação do Comitê visa à defesa dos interesses dos credores – especificamente, possibilitando a participação efetiva dos credores, otimizando os resultados do processo e reduzindo a possibilidade de fraudes e desvios dos recursos da empresa em recuperação (SOUZA, 2009, p. 121).

A decisão sobre a criação do Comitê é de atribuição exclusiva dos credores³⁹, aos quais cabe realizar o exame de sua pertinência, bem como da absorção dos custos de sua implantação e funcionamento (COELHO, 2009, p. 71). Trata-se,

³⁶ Modesto Carvalhosa (2009, p. 256) ressalta que, além da atribuição fiscalizatória, o Comitê poderá ter duas atividades relevantes: a elaboração de plano recuperação alternativo e, ainda, havendo afastamento da administração da sociedade em recuperação judicial, a administração da alienação dos bens do ativo permanente e a contratação das dívidas necessárias à manutenção da atividade produtiva.

³⁷ Vide Dec. n. 917 de 1890 e Lei n. 859 de 1902.

³⁸ Decreto-Lei 7.661/1945.

³⁹ Ressalte-se que, no processo falimentar, há a previsão para a instalação por determinação do juiz, na sentença declaratória da quebra (art. 99, XII).

portanto, de um órgão cuja instalação é facultativa (MACHADO, R. A. 2007, p. 34)⁴⁰, não havendo nenhuma recomendação legal quanto à sua instalação (NEGRÃO, 2010, p. 120).

A par da omissão legal, Fábio Ulhoa Coelho sugere sua instalação tão somente “quando a complexidade e o volume da massa falida ou da empresa em crise o recomendar” (2009, p. 71). Não sendo este o caso, complementa o referido autor, sua constituição representa apenas burocracia – com dispêndio de tempo e recursos –, sem maiores proveitos ao processo recuperacional (2009, p. 71)⁴¹.

Para a instalação do Comitê não é preciso que haja aprovação pela maioria das diferentes classes de credores reunidos em Assembleia: basta que uma delas delibere pela sua constituição por maioria simples (art. 26, *caput*)⁴². Necessário ressaltar que, embora o Comitê possa ser constituído sem a presença de todos os representantes (vide art. 26, §1º), não se pode aceitar sua constituição quando composto por apenas um único membro (RIBEIRO, 2011, p. 497)⁴³. Pelo que se conclui que o Comitê será, necessariamente, um órgão plúrimo.

Uma vez constituído, o Comitê de Credores será composto por quatro pessoas, que podem tanto serem credores como, ainda, pessoa física ou jurídica especializada, contanto que a mesma pessoa não represente mais de uma classe (LOBO, 2009, p. 119): uma representando a classe dos credores trabalhistas; uma representando os credores com garantia real ou privilégios especiais; uma representando os credores quirografários e, por fim, uma representando os credores

⁴⁰ Neste sentido ainda Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 71) e Ricardo Negrão (2010, p. 119), entre outros.

⁴¹ Semelhantemente, assevera Ricardo Negrão: (...) na linha dos modelos estudados [Alemanha, Argentina, Espanha, Estados Unidos, França e Portugal], em razão dos elevados custos de sua implantação e do fato de os resultados benéficos somente serem perceptíveis em planos recuperatórios de grande complexidade, seu funcionamento deve restringir-se aos processos que envolvem grandes empresas. (2010, p. 120)

⁴² Embora Ricardo Negrão (2007b, p. 153), desconsiderando o disposto no § 2º do art. 52 (que prevê a convocação da AGC para constituição do Comitê), a partir de uma interpretação do § 2º do art. 26, conclua pela possibilidade da constituição do Comitê pelo juiz após requerimento de qualquer classe de credores, no quórum necessário.

⁴³ No mesmo sentido, ainda, Marlon Tomazete (2009, p. 250). Em sentido contrário, Manoel Justino Bezerra Filho (2007) e Sérgio Campinho (2006, p. 92).

representantes de microempresas e empresas de pequeno porte (art. 26, I-IV)⁴⁴. Ainda, cada representante contará com dois suplentes de sua respectiva categoria.

Os representantes serão escolhidos em assembleias das classes as quais representam, conforme art. 44. O *quórum* necessário em cada classe, para aprovação do membro do Comitê, é dos créditos correspondentes à maioria presente (maioria simples), conforme dispõe o art. 42 (SADDI, 2009, p. 312).

Observa-se na prática, contudo, que o Comitê de Credores não tem tido a mesma relevância da Assembleia. Possivelmente em virtude do grande número de responsabilidades, cumulada com a ausência de remuneração de seus integrantes, o referido órgão não tem sido muito frequente nos processos de recuperação (VASCONCELOS, 2013, p. 140). Traçando comparativo entre a Assembleia e o Comitê, afirma Manoel Justino Bezerra Filho:

Tal assembleia [de credores] tem despertado o interesse dos credores, que a ela têm comparecido em número razoável. No entanto, isso não ocorreu, ao que parece, com o comitê de credores, que aos poucos vai quase caindo no esquecimento. (2007, p. 118).

⁴⁴ A composição das diversas classes será analisada minuciosamente no item 3.8, *infra*. Desde já, porém, note-se que a classificação apresentada pelo legislador para a votação dos integrantes do Comitê de Credores (art. 26) conflita com aquela apresentada pelo legislador ao dividir as classes da AGC (art. 41). Nesta, os credores com privilégio especial integram a classe dos quirografários e subordinados; naquela, contudo, inserem-se na classe dos titulares de garantia real. Fábio Ulhoa Coelho, atento a esta dissonância, esclarece o seu motivo: “Essa incongruência deveu-se à imprecisão da Emenda n. 57, apresentada em plenário pela Senadora Ideli Salvatti, quando da votação do projeto pelo Senado, em julho de 2004. A emenda alterou a redação do art. 41, para isolar numa única classe os credores com garantia real, mas se esqueceu de fazer igual mudança no art. 26”. (2009, p. 73)

Até pela circunstância fática que ensejou a discrepância entre os textos legais, torna-se ainda mais adequada a solução proposta por Paulo Fernando Campos de Toledo, defendida ainda por outros autores (vide BEZERRA FILHO, 2007, p. 128): “A solução talvez esteja em, desconsiderando os incisos I a III [IV] do art. 26 – e com isso, superando as incongruências acima apontadas –, entender que o comitê será formado por um representante e dois suplentes de cada classe, como estas se encontram definidas no dispositivo específico sobre a matéria (art. 41 da LRE). É claro que o aplicador da lei, ao assim agir, estará pondo de lado o princípio segundo o qual a norma jurídica não tem palavras inúteis. Ele estará, no entanto, desse modo, levando em conta a finalidade do dispositivo e dando-lhe interpretação sistemática, e, com isso, acima de tudo, tornando-o aplicável”. (2009, p. 125 e 126)

2.4.3 Desistência do pedido de recuperação judicial

Após o despacho de processamento da recuperação judicial não é mais defeso ao devedor a desistência do pedido, salvo se esta for aprovada pela maioria dos credores (art. 52, § 4º). A competência para esta deliberação é do plenário da Assembleia.

O critério adotado pelo legislador pode, no entanto, dar aso a fraudes por parte do devedor, aproveitando-se da possível prevalência dos interesses individuais dos credores sobre os interesses coletivos.⁴⁵ O devedor, intentando locupletar-se à custa dos credores, pode contratar um comissário para negociar as dívidas com estes, com bom deságio. Ora, procurados individualmente por esse agente que age em nome próprio – mas por conta do comitente (o devedor) – poderiam ficar tentados a cederem seus direitos creditórios a fim de salvarem suas partes. Desta forma, tendo negociado mais da metade dos créditos, o devedor teria garantida a anuência da AGC para a desistência.

A solução proposta à Comissão de Assuntos Econômicos por Fábio Ulhoa Coelho⁴⁶ (2009, p. 156) foi o condicionamento da desistência da recuperação judicial à quitação das obrigações vencidas. Embora pareça a solução mais adequada a elidir possíveis desvios de finalidade dos pedidos de recuperação judicial, não foi esta a decisão do legislador.

2.4.4 O nome do gestor judicial, quando afastado o devedor

⁴⁵ A seguinte hipótese é apresentada por Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 157).

⁴⁶ E apresentada, como Sugestão de Emenda n. 32, à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, sem ser, contudo, adotada pela referida Comissão.

Quando houver o afastamento dos administradores da sociedade empresária em recuperação⁴⁷ – seja pelos impedimentos do art. 64, seja em virtude de negociação entre devedor e credores para aprovação do plano de recuperação –, o gestor judicial será a pessoa responsável pela administração da empresa em recuperação (art. 65).

A questão, embora pouco frequente na prática, sempre causa intrigas quando efetivada, como comenta Renato Luiz de Macedo Mange:

Afastar os dirigentes da empresa, em geral seus controladores, no curso do procedimento de Recuperação Judicial sempre irá gerar discussões. Se houver a efetiva recuperação a empresa terá de ser ‘devolvida’ aos seus anteriores dirigentes. Nessa hipótese os credores irão alegar que, com seu sacrifício, geraram benefícios aos controladores de sua devedora. De outro lado, havendo a falência, será a vez dos dirigentes destituídos (e demais sócios ou acionistas) alegarem que foram prejudicados pela má administração do Gestor Judicial. A solução dessa questão é bastante difícil. (2007, p. 72)

Ainda que seja difícil a conjugação dos interesses mencionados por Renato Mange, uma forma de reduzir o conflito é a negociação da substituição dos dirigentes na AGC – evitando-se o afastamento forçado. Assim, através da indicação dos gestores pelo devedor, com anuência dos credores, a substituição pode ser menos traumática a todos os envolvidos (MANGE, E. F., 2010, p. 38).

Ideia diversa tem Frederico Augusto Monte Simionato, para quem a escolha e nomeação do gestor judicial deveriam ser competência exclusiva do magistrado, listando entre seus argumentos a denominação ‘judicial’. Para além disso, defende o mesmo autor que o juiz poderia, inclusive, optar pela manutenção do administrador judicial no exercício das funções do gestor – ainda que havendo manifestação em sentido diverso da AGC –, desde que tal escolha reflita “o interesse da manutenção da atividade da empresa” (2008, p. 108).

⁴⁷ No caso de sociedade anônima, o afastamento do sócio ou acionista controlador dar-se-á através da suspensão de seu direito de voto na respectiva assembleia geral (COELHO, 2009, p. 175).

2.4.5 Qualquer outra matéria afeta aos interesses dos credores

Em virtude da imprevisibilidade, por parte do legislador, das inúmeras particularidades que podem surgir no processo de recuperação judicial, não seria prudente exaurir as hipóteses de convocação da AGC. Ademais, a o inciso reitera a centralidade do papel dos credores no processo recuperacional, como destaca Lêda Maria Guimarães:

Dessa forma, não só qualquer outra matéria que repercuta direta ou indiretamente no interesse dos credores, mais precipuamente aquelas que refletirão ou produzirão efeitos no pleno soerguimento das atividades empresariais, devem ser objeto de deliberação, ante o relevante papel que desempenha esse órgão colegiado. (2005, p. 74).

De toda forma, para que haja a reunião da AGC, é preciso que o edital de convocação contenha expressamente a matéria a ser debatida, a fim de que se evitem surpresas para os participantes.

3 PARTICIPAÇÃO E VOTO NA AGC

3.1 COMPOSIÇÃO DA AGC

3.1.1 As classes formativas da AGC

O artigo 41 da LRE estabelece a composição da Assembleia-Geral de Credores, dividindo-a em quatro classes, de acordo com a característica do crédito titulado. Desta forma, o legislador intentou reunir os credores com interesses convergentes, impedindo a distorção na formação da vontade de comunhão (COELHO, 2009, p. 105; GUIMARÃES, L. M., 2005, p. 83).

A primeira classe é formada pelos credores cujo crédito decorre da legislação trabalhista ou advém de acidentes de trabalho (art. 41, I). O fundamento central para a criação dessa classe decorre do fato de que os trabalhadores, diferentemente de outros credores – como as instituições financeiras⁴⁸ –, não possuem mecanismos de atuação *ex ante* com vistas à proteção de seus interesses, especificamente seus crédito e emprego (NEGRÃO, 2010, p. 183).

Ainda a respeito da primeira classe, Jairo Saddi critica a redação do texto legal, apontando para um possível conflito de interesses nos seus integrantes:

Ao se utilizar da expressão “créditos derivados da legislação do trabalho”, o legislador abre espaço para que um sem-número de credores sejam aí qualificados. Isso abrange inclusive os trabalhadores que não estão mais empregados na empresa, ou mesmo aqueles que ajuizaram reclamação trabalhista e obtiveram sentença transitada em julgado.

⁴⁸ As instituições financeiras conseguem se proteger dos riscos de mercado através de um arsenal maior de informações – extraídas dos cadastros de crédito, por exemplo –, bem como pelo aumento do leque de investimentos, abarcando diferentes setores da economia (NEGRÃO, 2010, p. 182).

Desse modo, partindo-se do pressuposto de que pessoas que não mais trabalham ou mesmo que nunca tiveram vínculo empregatício com a empresa devedora não tenham real interesse em sua recuperação, podemos concluir que a tomada de decisões dentro dessa classe de credores pode apresentar alguns obstáculos, principalmente no tocante ao eventual conflito de interesses entre aqueles que visam somente liquidar os ativos e os que objetivam a reestruturação da empresa em dificuldades. Por serem os primeiros a ter seu crédito recuperado no caso de falência e por votarem com base no número de cabeças, não no crédito envolvido, muitos dos credores terão privilégios se na classe trabalhista forem qualificados. (2009, p. 287).

A segunda classe agrupa os titulares de créditos com garantia real (art. 41, II). A *garantia* conceitua-se, de forma ampla, como a proteção dispendida ao titular de direito subjetivo ou poder jurídico, de forma que possa efetivamente exercê-lo, ou, havendo omissão de vantagem ordinariamente devida, possa essa ser suprida através do acionamento da primeira (Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 39, p. 317).

A garantia pode ser *real* ou *pessoal*. Naquele caso, a garantia atrela-se a uma coisa, que pode ser móvel, imóvel ou semovente. Já a garantia pessoal vincula-se a uma terceira pessoa – logo, não se prende diretamente a coisas, como é o caso da garantia real. Elemento fundamental na garantia pessoal é a existência de certo grau de confiança entre os sujeitos – razão pela qual as operações mais vultosas são feitas com a garantia real (SADDI, 2009, p. 289). As principais espécies desta são: a hipoteca, a caução de títulos de crédito, o penhor e a alienação fiduciária em garantia⁴⁹. (Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 39, p. 317)

Tendo em vista que a principal garantia adotada pelas instituições financeiras para proteção do seu crédito são os bens patrimoniais, elas são as principais destinatárias da classe em análise (MANGE, E. F., 2010, p. 44; SADDI, 2009, p. 290).

A razão para a inclusão dessa classe é a de tornar a recuperação judicial mais atrativa às instituições financeiras, dando-lhes mais autonomia para conduzir o processo – tanto para a concessão de novos empréstimos como na tomada de decisões. (SADDI, 2009, p. 290)

⁴⁹ Contudo, pontue-se que o parágrafo 3º do art. 49 exclui das deliberações, e, obviamente, da própria composição da segunda classe de credores, o proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis. A respeito, vide ponto 3.1.2, *infra*.

A terceira classe reúne credores quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral⁵⁰ e créditos subordinados.

A opção legislativa na composição da terceira classe é das mais criticadas pela doutrina. Fábio Ulhoa Coelho acusa o conflito de interesses entre seus integrantes, especialmente no que tange ao risco que cada um deles corre no processo recuperacional:

Enquanto estes últimos [credores com privilégio geral], exatamente por gozarem de preferência na falência, tendem a ser menos receptivos às propostas de alteração, novação ou renegociação de seus créditos, no âmbito da recuperação judicial, os quirografários em geral se abrem mais facilmente a tais propostas. Isso porque a falência do devedor certamente impedirá que os quirografários tenham os seus créditos atendidos. Em outros termos, é muito diferente o risco de não recebimento do crédito que enfrentam os quirografários, de um lado, e os titulares de privilégio, de outro. (2009, p. 106)

Em sua crítica, Ulhoa Coelho é acompanhado ainda – entre outros – por Ricardo Negrão⁵¹ e Jairo Saddi⁵². Para correção da incongruência legal, Ulhoa Coelho sugere a reunião dos credores com privilégio aos com garantia legal, separando-os dos credores quirografários (2009, p. 106)⁵³.

Por fim, a quarta classe integra os credores enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte.

⁵⁰ Vide artigos 964 e 965 do Código Civil, que elencam os credores com privilégio especial e geral, respectivamente.

⁵¹ Argumenta Ricardo Negrão: (...) fornecedores em geral estarão dispostos a aprovar parcelamentos em prazos menores, mesmo com remissão parcial da dívida; instituições financeiras podem cogitar em alongar dívidas; créditos fiscais podem submeter-se a critérios políticos regionais; credores por títulos ilíquidos veem na definição de seu direito a abreviação da disputa judicial, etc. (2010, p. 182).

⁵² Afirma Jairo Saddi, pontuando também a incompatibilidade entre as divisões do art. 26 e do art. 41: (...) o legislador se equivocou ao acreditar que credores com garantia real e com privilégio especial tenham interesses convergentes, ou mesmo que esses com privilégio especial e os quirografários tenham os mesmos objetivos. (2009, p. 291-292).

⁵³ Já Eduardo Foz Mange (2010, p. 45) apresenta variação à divisão proposta por Ulhoa Coelho, e propõe que apenas os credores com privilégio especial integrassem a classe daqueles com garantia real. Isso porque, segundo Mange, ao contrário do que ocorre com o privilégio especial e com a garantia real, no privilégio geral não é possível observar os bens que o compõem, razão pela qual seus interesses convergem aos dos credores quirografários.

Recentemente o legislador, por meio da Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014, realizou alterações em diversas leis visando beneficiar as micro e pequenas empresas. Quanto à Lei 11.101/2005, entre outras mudanças, houve a criação da quarta classe de credores (pela inclusão do inciso IV no artigo 41), conforme elenco supra, com reflexos na composição do Comitê de Credores⁵⁴.

Tomando por base a obra de Ricardo Negrão (2010, p. 44-114), que traz considerável elenco comparativo⁵⁵, é possível afirmar que a medida – objetivando a salvaguarda dos interesses específicos das micro e pequenas empresas – é, ao menos dentre os países analisados, inédita.

As mudanças atendem a princípios que norteiam a relação do Estado brasileiro com a economia. Em sede constitucional, por exemplo, a alteração encontra fundamento no inciso IX do artigo 170, *in verbis*:

Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A própria LRE já previa um regime diferenciado de recuperação às micro e pequenas empresas em crise⁵⁶, em atendimento aos princípios que nortearam a elaboração deste diploma⁵⁷. Agora, em continuidade ao tratamento favorecido, o legislador oferece maior autonomia quando as micro e pequenas empresas estiverem no outro polo da relação creditícia, como credores da atividade econômica em dificuldades.

⁵⁴ Vide item 2.4, supra.

⁵⁵ O autor trata do modelo das Nações Unidas (por meio da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional – CNUDI ou, em inglês, UNCITRAL), passando pela legislação falimentar alemã, argentina, espanhola, estadunidense, francesa e portuguesa.

⁵⁶ Capítulo VII da Lei 11.101/2005.

⁵⁷ 11. Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte: a recuperação das micro e pequenas empresas não pode ser inviabilizada pela excessiva onerosidade do procedimento. Portanto, a lei deve prever, em paralelo às regras gerais, mecanismos mais simples e menos onerosos para ampliar o acesso dessas empresas à recuperação. (BRASIL, 2004, p. 21).

Ademais, considerando que essas empresas possivelmente ocupem a posição de fornecedoras, cujos créditos serão – via de regra – quirografários, a alteração legislativa, em certa medida, atende às críticas feitas por Fábio Ulhoa Coelho à divisão original⁵⁸.

Outro elemento favorável à alteração legislativa é de ordem econômica. Sem alongar por demais a questão, é notável que as micro e pequenas empresas estejam mais suscetíveis ao impacto econômico causado por um empreendimento em crise, principalmente em virtude de sua natural fragilidade econômica. Este elemento é frequentemente agravado em decorrência da ‘dependência’ da saúde financeira dessas empresas frente às relações negociais que mantém com seus clientes.

Pelas razões brevemente apresentadas, conclui-se ser bem-vinda a alteração na composição das classes de credores da AGC.

Por fim, a respeito do modelo adotado pelo legislador para a formação das classes, destaque-se a crítica de Jairo Saddi (2009, p. 291-292), que ressalta que a divisão dos credores deve visar à maior eficiência deliberativa no decorrer do processo. Esta não é verificada, segundo o mesmo autor, na atual categorização, pelo que sugere, então, um modelo mais flexível, centralizado no magistrado:

(...) acredito que a solução tanto para caracterização de um Comitê mais eficiente como para existência de uma Assembleia de Credores mais representativa talvez fosse um sistema mais flexível. Isso por meio de um modelo em que a composição das classes não estivesse estabelecido em lei, mas que o próprio juiz tivesse prerrogativa de analisar a empresa e o perfil do passivo que apresenta, estabelecendo a classificação que melhor represente cada grupo de credores, bem como arquitetando a melhor alternativa para que propostas importantes para o bom andamento do processo sejam aprovadas. (2009, p. 293)

É compreensível a indicação ao magistrado para escolha da divisão mais eficiente, até pelo latente conflito de interesses entre os credores e entre estes e o devedor. Contudo, acredita-se que pautar a escolha no perfil da empresa (seu passivo, etc.), como sugere Jairo Saddi, demandará uma análise econômica que ultrapassa os campos da Ciência do Direito, e, possivelmente, aos conhecimentos do magistrado – ainda que especializado em direito falimentar.

⁵⁸ Vide comentário à terceira classe de credores, *supra*.

Por essa razão, ainda que se mantenha a decisão final a cargo do juiz, faz-se imprescindível laudo técnico que traga subsídios à decisão eficiente do magistrado do caso. Essa assistência poderia, inclusive, ser dada pelo próprio administrador judicial, tendo em vista que sua atividade⁵⁹ já lhe proporcionará conhecimento aprofundado sobre a situação fática da empresa em crise.

A seu turno, Ricardo Negrão (2010, p. 180-181) cita os critérios para a categorização dos credores adotados em legislações estrangeiras para propor alterações ao modelo brasileiro. De um modo geral, as legislações da Alemanha, Argentina e Estados Unidos permitem a divisão dos credores em função dos interesses econômicos que os reúnam, através de critérios constantes no plano de recuperação judicial (NEGRÃO, 2010, p. 181).

A forma adotada pelos países supramencionados visa maior correlação entre a realidade econômica e o cenário de negociações entre credores e devedor (NEGRÃO, 2010, p. 182). Nesse sentido, Ricardo Negrão sugere alterações à sistemática brasileira:

No mais, a lei brasileira poderia autorizar a aprovação do plano por outros subgrupos, concedendo maior flexibilidade e adequação do trato negocial segundo os interesses econômicos que unem os credores.

(...)

A ausência de homogeneidade no tratamento dos credores é fator de dificuldade na coordenação dos interesses em conflito e tende à ineficácia por permitir que empresas viáveis sejam liquidadas em razão de a lei não prover mecanismo adequado à elaboração de projeto que atenda aos *interesses dos credores*, objetivo que deveria ser incentivado pelo mesmo legislador que contemplou a diretriz do art. 47 da LREF⁶⁰. (2010, p. 182-183).

⁵⁹ Especialmente as competências arrolados no art. 22, I, a, c e e, da Lei 11.101/2005.

⁶⁰ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

3.1.2 Participantes da Assembleia⁶¹

Em regra, todos os credores que se sujeitem ao processo de recuperação judicial participam da assembleia. É o que prescreve o art. 49 da Lei nº 11.101/2005, ao determinar estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

Não estão sujeitos à recuperação judicial os créditos constituídos após a distribuição do pedido de recuperação judicial (COELHO, 2009, p. 100). A razão para a ausência destas é evidente: a manutenção do acesso ao crédito comercial e bancário, sem o qual ruem as chances de soerguimento do empreendimento (COELHO, 2009, p. 131).

Excetuam-se também os credores por obrigação a título gratuito. Como destaca Fábio Ulhoa Coelho, “os poucos recursos disponíveis para a recuperação judicial não podem ser reduzidos em vista do cumprimento de obrigação gratuita” (2009, p. 100), o que motiva sua exclusão da recuperação judicial e, consequentemente, da AGC.

O artigo 43 estabelece restrições a algumas pessoas cujo interesse pudesse ser conflitante nas matérias analisadas pela AGC:

Art. 43. Os sócios do devedor, bem como as sociedades coligadas, controladoras, controladas ou as que tenham sócio ou acionista com participação superior a 10% (dez por cento) do capital social do devedor ou em que o devedor ou algum de seus sócios detenham participação superior a 10% (dez por cento) do capital social, poderão participar da assembleia-geral de credores, sem ter direito a voto e não serão considerados para fins de verificação do quorum de instalação e de deliberação.

Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica ao cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, colateral até o 2º (segundo) grau, ascendente ou descendente do devedor, de administrador, do sócio

⁶¹ Além dos credores, cabe pontuar que à Assembleia tem a prerrogativa de comparecer ainda o juiz e o órgão do Ministério Público, sem que possam, no entanto, interferir nos trabalhos (debate e votação). Além desses, o devedor e seus administradores deverão participar quando receberem convite dos credores ou convocação do juiz, com vistas a prestar eventuais esclarecimentos. Ademais, se a AGC for deliberar sobre o plano de recuperação judicial, deverá contar com a anuência do devedor para possível alteração (art. 56, § 3º).

Há, ainda, outras participações extraordinárias, que se encontram elencadas no art. 43 e parágrafo único da Lei 11.101/2005. Por fim, ressalte-se que, via de regra, a AGC será presidida pelo administrador-judicial, secretariado por pessoa de sua escolha entre os credores presentes.

controlador, de membro dos conselhos consultivo, fiscal ou semelhantes da sociedade devedora e à sociedade em que quaisquer dessas pessoas exerçam essas funções.

Embora não tenham direito a voto, as pessoas elencadas no artigo 43 e parágrafo único poderão participar da AGC, tendo, inclusive, direito a voz. Como bem observa Jairo Saddi (2009, p. 296) sendo o escopo da vedação legal sanar o conflito de interesses entre credores e o devedor (e os objetivos da recuperação judicial, como um todo), o rol constante no artigo 43 é meramente exemplificativo.

Há, ainda, as exceções dispostas nos §§ 3º e 4º do artigo 49. Naquele, em suma, excetuam-se os créditos advindos de alienação fiduciária, arrendamento mercantil, do comprometente vendedor de imóvel. Já no § 4º, os créditos provenientes de adiantamentos de contratos de câmbio.

A exclusão dos créditos elencados nos §§ 3º e 4º está diretamente ligada às grandes pressões exercidas pelo capital financeiro sobre os legisladores no momento da tramitação do projeto de lei que resultou na atual lei falimentar, segundo crítica de Manoel Teixeira Bezerra Filho (2007, p. 125) e Modesto Carvalhosa (2009, p. 281).

Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 131) pondera que a exclusão dos credores de determinadas garantias reais e instituições financeiras visa proporcionar a prática de juros menores (não sendo o *spread* bancário afetado pelo risco da recuperação/falência), sendo a medida favorável ao reerguimento da empresa em crise.

Ricardo Negrão (2010, p. 179), a seu turno, discorda que a exclusão desses credores atenda aos objetivos mencionados por Ulhoa Coelho:

(...) a perspectiva de *manter* o nível do *spread* bancário nos contratos afastados do plano de recuperação e, anda, de *preservar* a expansão do crédito e a não majoração de seu custo no Brasil é, de fato, fator de eficiência no processo de recuperação?

A resposta a esta indagação é negativa. Submeter os credores arrolados no art. 49, §§ 3º e 4º, ao plano de recuperação é, antes de tudo, fator positivo no que se refere à eficiência do processo de recuperação e resulta em

melhor garantia de tratamento igualitário entre os credores de um mesmo devedor, portadores dos títulos indicados no dispositivo.⁶²

Ressalte-se que os créditos mencionados nos §§ 3º e 4º apenas deixaram de ser submetidos obrigatoriamente ao processo de recuperação judicial (e extrajudicial). Não há vedação legal para a inclusão desses créditos no plano de recuperação, desde que haja anuência desses credores⁶³. De todo modo, ainda que decidam não sujeitar-se ao plano – ficando, então, privados de votar nas deliberações –, os titulares dos créditos previstos nos parágrafos em questão poderão participar da assembleia.

Para garantir a participação dos credores na AGC, o artigo 39⁶⁴ enumera três relações de credores que poderão ser adotadas – em ordem de preferência: i) quadro geral de credores; ii) relação de credores apresentada pelo administrador judicial; e iii) relação de credores apresentada pelo devedor.

Ao estabelecer a possibilidade de utilização de diversas listas (com hierarquia entre elas), o legislador mostra-se ciente de que a verificação de créditos comumente torna-se contenciosa (CARVALHOSA, 2009, p. 280), arrastando-se para além do prazo legal em que deve ocorrer a AGC⁶⁵. De forma que é comum que se instale a AGC com base na relação de credores apresentada pelo devedor ou pelo administrador judicial (MANGE, E. F., 2013, p. 47).

⁶² O autor condiciona essa vantagem à manutenção das cláusulas de titularidade do bem contratado no plano recuperatório (NEGRÃO, 2010, p. 187).

⁶³ Ao delegar a esses credores – especialmente às instituições financeiras – a decisão final sobre sua inclusão no plano de recuperação ou a execução de suas garantias, o legislador brasileiro atribui-lhes posição dominante no processo, “decorrentes dos privilégios legais que lhes foram concedidos e que os leva a liderar o plano de recuperação” (CARVALHOSA, 2009, p. 281).

⁶⁴ *In verbis*: Art. 39. Terão direito a voto na assembléia-geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial na forma do art. 7º, § 2º, desta Lei, ou, ainda, na falta desta, na relação apresentada pelo próprio devedor nos termos dos arts. 51, incisos III e IV do caput, 99, inciso III do caput, ou 105, inciso II do caput, desta Lei, acrescidas, em qualquer caso, das que estejam habilitadas na data da realização da assembléia ou que tenham créditos admitidos ou alterados por decisão judicial, inclusive as que tenham obtido reserva de importâncias, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 10 desta Lei.

⁶⁵ No caso, 150 (cento e cinquenta) dias a contar da publicação do deferimento do processamento da recuperação judicial, conforme § 1º do artigo 56.

Para além das listas supramencionadas, permitir-se-á a participação dos credores que tiverem apresentado seu crédito ao administrador judicial até a data da assembleia. Da mesma forma os credores que tenham impugnado a relação de credores com vistas a majorar ou reclassificar para cima seu crédito. Ressalte-se que o credor com o crédito sob judice terá direito a voz e voto, sendo este na proporção e classe pretendidas na impugnação, até a decisão do seu pleito⁶⁶. Tem, pois, o mesmo tratamento do credor que habilita o seu crédito (COELHO, 2009, p. 102).

Há ainda a questão dos credores retardatários – ou seja, aqueles que realizam a habilitação dos seus créditos após o prazo legal estipulado no art. 7º, § 1º. A lei estabelece tratamento distinto em se tratando de recuperação judicial ou de falência – sendo comum aos procedimentos apenas o direito de voz que terão esses credores.

Na falência, sendo o crédito admitido no quadro geral de credores, os retardatários adquirem o direito de voto (art. 10, § 2º). Diferentemente do que ocorre na recuperação judicial, em que – com exceção dos credores trabalhistas – os credores retardatários não terão direito de voto na AGC (art. 10, § 1º), conforme interpretação de Fábio Ulhoa Coelho:

Isso porque os dois dispositivos [art. 10, §§ 1º e 2º⁶⁷] em foco devem ser interpretados sistematicamente. Não haveria sentido em prever a ressalva apenas no término do § 2º (em virtude da qual o retardatário na falência adquire o direito de voto após a homologação do QGC) se ela também fosse pertinente à hipótese do § 1º. (2009, p. 103).

⁶⁶ A impugnação feita pelo titular do crédito, com vistas à majoração ou reclassificação (para cima) deste, diverge substancialmente daquela que pode ser feita por terceiro (Ministério Público, o devedor ou outro credor), não titular do crédito sob judice. Aqui se busca a redução ou reclassificação (para baixo) do crédito impugnado. Enquanto não for julgado procedente o pedido, porém, o titular do crédito participará – com direito a voz e voto – na proporção e classe constante na lista de credores em xeque (COELHO, 2009, p. 102).

⁶⁷ Art. 10. Não observado o prazo estipulado no art. 7º, § 1º, desta Lei, as habilitações de crédito serão recebidas como retardatárias.

§ 1º Na recuperação judicial, os titulares de créditos retardatários, excetuados os titulares de créditos derivados da relação de trabalho, não terão direito a voto nas deliberações da assembléia-geral de credores.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo ao processo de falência, salvo se, na data da realização da assembléia-geral, já houver sido homologado o quadro-geral de credores contendo o crédito retardatário.

(...).

Eduardo Foz Mange (2013, p.47), relativizando a proibição, não vê obstáculos para atribuir o direito de voto aos credores cuja habilitação tenha sido deferida até a data da assembleia.

3.2 A REPRESENTAÇÃO DOS CREDITORES

O credor – pessoa física ou jurídica – possui a prerrogativa de exercer os direitos de voz e voto na AGC por meio de procurador ou representante legal.

Para tanto, exige-se que o credor cientifique o administrador judicial com 24 horas de antecedência da data prevista no aviso de convocação (art. 37, § 4^o⁶⁸), munido de procuração com poderes expressos e especiais (CARVALHOSA, 2009, p. 273) – salvo se esta já constar nos autos, quando bastará a indicação das folhas do processo em que consta o dito instrumento.

No caso das pessoas jurídicas, destaque-se que o termo ‘representante legal’, constante no § 4^o, deve ser interpretado em seu sentido técnico⁶⁹. Pelo que se depreende que aos *presentantes* das pessoas jurídicas – seus diretores e administradores – não se aplica o referido dispositivo⁷⁰. Contudo, deverá o presentante estar munido de documentos – tal como o contrato social, atas da eleição, etc. – que comprovem sua qualidade. (COELHO, 2009, p. 94).

⁶⁸ Art. 37. A assembléia será presidida pelo administrador judicial, que designará 1 (um) secretário dentre os credores presentes.

(...)

§ 4^o O credor poderá ser representado na assembléia-geral por mandatário ou representante legal, desde que entregue ao administrador judicial, até 24 (vinte e quatro) horas antes da data prevista no aviso de convocação, documento hábil que comprove seus poderes ou a indicação das folhas dos autos do processo em que se encontre o documento.

⁶⁹ Conforme artigos 115 a 120 do Código Civil.

⁷⁰ A corroborar esse entendimento, vide, no TJ-SP, o Agravo de Instrumento n° 429.666-4/1-00, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, j. 15.06.2006, citado por Mange (2013, p. 49).

Já os titulares de créditos trabalhista ou advindo de acidente de trabalho possuem três possibilidades de participação na AGC: comparecendo pessoalmente, fazendo-se representar por procurador – nos termos estipulados para a generalidade dos credores – ou por representação através do sindicato. Neste último caso, cabe ao sindicato informar ao administrador judicial, até 10 dias antes da realização da assembleia, a relação dos representados (art. 37, § 6º, I). Contudo, se o credor dessa classe comparecer – ou for representado por procurador –, só a ele deverá ser dado direito de voz e voto (art. 37, §5º).

A respeito dessa modalidade especial de representação, leciona Jairo Saddi:

O intuito é fazer com que o trabalhador seja representado; se não puder estar presente, ou se optar por uma representação coletiva, o sindicato poderá agir como representante legal. Há, como tudo, vantagens e desvantagens nessa provisão: por um lado, o sindicato, entidade coletiva e legítima, supõe-se mais organizado e preparado do que um trabalhador individual, que muitas vezes não dispõe nem de tempo nem do conhecimento especializado. No entanto, com essa representação está se trazendo para a arena da Assembleia um novo ator que pode ter uma agenda de facto muito diferente daquela necessária ou mais adequada a um processo de recuperação ou liquidação de ativos, onde a todos são impostos sacrifícios. (2005, p. 208)

É digna de nota a discussão referente à limitação da representação dos órgãos de classe aos credores que não se fizerem presentes (ou forem representados).

Marcelo Papaléo de Souza, em trabalho específico sobre a relação entre a Lei 11.101/2005 e o Direito do Trabalho, rechaça a possibilidade de limitação da representação dos sindicatos aos associados que estiverem ausentes. Para o autor, o disposto no art. 37, 5º da Lei 11.101/2005 representa afronta direta ao art. 8º, III, da CF⁷¹. O dispositivo constitucional encontra eco no art. 513, *a* e *b* da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁷², pelo que o autor conclui incabível qualquer limitação aos sindicatos.

⁷¹ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
(...)

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

⁷² Art. 513. São prerrogativas dos sindicatos:

A corroborar a visão supracitada, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu, por unanimidade, que:

1. O art. 37, § 5º, da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (Lei 11.101/2005), que reza poder o sindicato representar apenas seus associados, deve ser interpretado em harmonia com o art. 8º, III, da Constituição Federal. 2. Prevalência da norma constitucional. 3. Assembleia de credores. Defesa de direitos coletivos ou individuais. O sindicato representa toda a categoria e não apenas os trabalhadores associados. Jurisprudência consolidada. 4. A norma constitucional só pode ter sua eficácia ou efeitos restringidos quando a própria Constituição assim o prevê. 5. Não se há de falar em liberdade de associação, visto que não se está obrigando alguém a se associar ou permanecer associado deste ou daquele sindicato. 6. Confirmação do efeito suspensivo ativo. Provimento do agravo. (TJRJ – Agravo de Instrumento 2005.002.22516, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Maurício Pereira, j. 07.03.2006)

Jorge Lobo constrói longa argumentação para chegar a conclusão diametralmente oposta. Lobo (2009, p. 106) defende que a limitação da representação dos sindicatos aos associados que não comparecerem à Assembleia está em conformidade com o princípio da autonomia da vontade (arts. 5º, XX, e 8º, V, da CF). Ademais, diz o autor:

Chegar-se-á a igual conclusão através de escurteira interpretação sistemática e finalista daqueles dispositivos [art. 5º, XX, e 8º], eis que a LRE, no art. 37, § 5º, apenas e tão-somente visou definir o âmbito de aplicação do *direito social de defesa*, explicitado na *norma constitucional de eficácia contida* do art. 8º, III, da CF, nos casos especialíssimos de empresas em estado de crise econômico-financeiro em regime de recuperação judicial. (2009, p. 106)

De todo modo, a par dos autores supracitados e dos possíveis conflitos práticos advindos das diferentes posições, o debate é ainda incipiente em nossa doutrina.

Por fim, cabe citar a possibilidade de representação dos credores debenturistas através dos agentes fiduciários. Os debenturistas⁷³ possuem interesses em comum – o fiel cumprimento das obrigações e a fiscalização das

-
- a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos á atividade ou profissão exercida;
 - b) celebrar contratos coletivos de trabalho;

⁷³ Cabe citar que as debêntures podem ser de quatro espécies: com garantia real, garantia flutuante, quirografárias ou flutuantes. Pelo que seus titulares serão, a depender da espécie de seu título, integrados nas respectivas classes de credores.

atividades da companhia emissora – anteriores ao processo recuperacional, mas que se mantém no desenrolar deste. (COELHO, v. II, 2006)

De forma que, com vistas a dar mais eficiência na efetivação de tais interesses, a Lei das Sociedades Anônimas – Lei n. 6.404/1976 – trouxe a previsão do agente fiduciário, que representa os debenturistas perante a sociedade anônima emissora das debêntures (art. 68).

Entre outros deveres que lhe são impostos, caberá ao agente fiduciário em caso de inadimplemento da companhia, promover a execução de garantias reais ou, inexistindo estas, o requerimento da falência (art. 68, § 3º, *b* e *c*). Ademais, a alínea *d* do mesmo parágrafo traz expressa previsão para representação dos debenturistas em processos falimentares – o que engloba, a luz da Lei 11.101/2005, os processos de recuperação judicial.

É defeso aos debenturistas exercerem diretamente a defesa de seus interesses, sendo que tal decisão deverá ser tomada pela assembleia dos debenturistas (art. 68, § 3º, *d*), pelo voto da maioria das debêntures em circulação (art. 13, parágrafo único da Instrução n. 28/1983 da Comissão de Valores Mobiliários – CVM).

3.2.1 Quórum de instalação

A instalação da AGC em primeira convocação depende da presença – ou representação – de credores titulares de mais da metade dos créditos de cada classe, computados pelo valor (art. 37, §2º, primeira parte, LRE)⁷⁴.

⁷⁴ Jorge Lobo (2009, p. 102) critica a Lei 11.101/2005 por exigir o comparecimento do credor – ou de seu representante legal – na Assembleia. A consagração da utilização dos meios tecnológicos para votação deveria ter sido recepcionado pelo legislador, complementa o referido autor. De fato, parece que a recepção desses meios seria de grande valia com vistas a majorar a participação de maior número de credores.

O dispositivo do art. 37, §2º aplica-se também à classe dos credores trabalhistas (art. 41, I) – diferentemente do momento da deliberação, em que o quórum é computado tanto por valor como por cabeça.

Não se atingindo o quórum exigido pela lei, far-se-á uma segunda convocação – para qual se deverá respeitar um intervalo de pelo menos 5 (cinco) dias da primeira (art. 36, I) –, a qual ocorrerá com qualquer quórum (art. 37, § 2º).

Essa prescrição legal tem o condão de sancionar o absenteísmo dos credores, permitindo que os credores interessados pelo destino da empresa em crise – conforme destaca Modesto Carvalhosa (2009, p. 271). O referido autor complementa seus comentários a este respeito ressaltando que a presença dos credores na AGC “constitui *direito* e *ônus* do credor”, e nunca obrigação (2009, p. 271).

3.2.2 Quórum de deliberação

Saliente-se, inicialmente, que *direito de voto* não é sinônimo da *participação* no plenário da Assembleia e demais instâncias deliberativas. Esta é estendida a alguns credores – e outras figuras, como o próprio devedor e pessoas a ele ligadas – que, como já foi ressaltado anteriormente, não poderão votar nas deliberações dos credores.

Ainda neste tocante, estabelece o §3º do artigo 45 que não terá direito a voto o credor cujo crédito – seja no valor, seja nas condições de pagamento – não for afetado. A este credor faltaria interesse para deliberar, não ficando privado, contudo, de participar da Assembleia (GUIMARÃES, 2005, p. 87).

O pressuposto adotado pelo legislador é questionável. Ainda que não seja atingido diretamente pelo plano, é inegável que o credor impedido de votar sofrerá os seus efeitos, e terá o seu direito ameaçado – principalmente se for aprovado um

plano inócuo à continuidade do devedor (COELHO, 2009, p. 111; SADDI, 2009, p. 303).

Se entender-se prejudicado, o credor cujo crédito não for atingido (diretamente) pelo plano de recuperação poderá apresentar suas objeções ao juiz. É a interpretação que Jairo Saddi (2009, p. 303-304) e Jorge Lobo (2009, p. 121) dão ao artigo 55.

A LRE estabelece como regra geral para aprovação nas votações o quórum que represente mais da metade do valor total dos créditos presentes (art. 42), sendo o voto proporcional ao valor do crédito (art. 38). Como se verá a seguir, há três exceções previstas ao quórum supramencionado.

Citou-se a especificidade para a constituição e composição do Comitê de Credores, em que a votação ocorrerá separadamente em cada classe de credores. Mantém-se, contudo, a exigência da maioria simples.

Outra exceção ocorre no processo falimentar: para a aprovação de forma alternativa de realização do ativo necessita-se de aprovação de dois terços dos créditos presentes à Assembleia (art. 46).

A terceira exceção diz respeito à deliberação acerca do plano de recuperação judicial. Uma primeira particularidade é a exigência de que as quatro classes de credores integrantes da Assembleia aprovem a proposta (art. 41). A votação seguirá curso especial, realizando-se em cada classe, separadamente (CAMPINHO, 2006, p. 83).

Manoel Justino Bezerra Filho (2007, p. 132) destaca que a imposição da unanimidade das classes pela aprovação da proposta objetiva evitar a manipulação por credores majoritários, impedindo que a recuperação se dê à custa dos credores minoritários ou de uma determinada classe de credores.⁷⁵

⁷⁵ No mesmo sentido, Lêda Maria Guimarães destaca que: A democratização das deliberações é indispensável para o êxito do programa de recondução dos negócios sociais, pois além de exigir uma maior integração entre os membros de determinada categoria de credores, partilha o grau de responsabilidade entre todos os credores, já que o critério de aprovação não se restringe somente ao percentual que o crédito representa. O cômputo pessoal do voto de cada credor também é muito importante. (2005, p. 86)

Jairo Saddi (2009, p. 302), inclusive citando Bezerra Filho, aplaude a iniciativa legislativa de trazer critérios específicos de votação, dado o relevo da matéria, mas critica a solução adotada. Segundo esse autor, o critério para aprovação peca pela sua complexidade, o que, aliado à falta de interesse dos credores para a participação nos processos falimentares, pode dificultar por demais a aprovação do plano de recuperação (SADDI, 2009, p. 302-303).

Ademais, poder-se-á ter efeito ainda mais nefasto – a falência de empresas recuperáveis – visto a vinculação da decretação da falência pelo juiz à negativa pelos credores a respeito do plano, conforme artigo 56, §4º (COELHO, 2009, p. 161-162; SADDI, 2009, p. 302).

Há, ainda, distinções especificamente ao quórum que deve ser alcançado para fins de aprovação. Tanto na classe dos credores com garantia real⁷⁶ como na dos credores quirografários, com privilégios ou subordinados, vige o sistema da dupla maioria: cumulativamente, a proposta precisa ser aprovada pela maioria dos credores presentes e dos credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes (art. 45, § 1º).

Diferentemente do que ocorre nas classes dos credores trabalhistas e dos credores qualificados como micro ou pequenas empresas, onde se considera apenas a maioria simples dos credores com base no número de credores presentes – independentemente do valor do crédito.

O fundamento para a diferenciação é dado pelo Senador Ramez Tebet, no seu referido parecer ao Projeto de Lei na Câmara:

Na classe dos trabalhadores, as diferenças entre os credores podem implicar inadmissível detrimento dos pequenos, que têm menor capacidade econômica para aceitar descontos ou diferimentos no recebimento, dado que o caráter alimentar das parcelas trabalhistas é tanto maior quanto menor for o crédito. (BRASIL, 2004, p.33)

À semelhança do que ocorre com os trabalhadores, a fragilidade econômica das micro e pequenas empresas certamente motivou sua inclusão nesse sistema de votação – sendo que, antes da criação da classe específica, a maioria desses

⁷⁶ O credor cujo crédito é protegido pela garantia real votará nesta classe até o limite do valor do bem gravado; superado este valor, votará na classe dos quirografários (art. 41, § 2º).

credores certamente votava apenas pelo valor de seu crédito, inclusa na classe dos credores quirografários.

3.3 A APROVAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PELO *CRAM DOWN*

Além da possibilidade de aprovação tácita do plano de recuperação judicial – pela ausência de objeções – e da aprovação por deliberação dos credores, a Lei 11.101/2005 faculta uma terceira via de aprovação do plano, por decisão do magistrado. A esta decisão, que possibilita a reversão da deliberação dos credores que rejeitou o plano de recuperação, dá-se o nome de *cram down*.

Os objetivos visados pelo legislador, com a inserção desse instrumento, são: i) possibilitar a superação do veto de uma classe de credores dissidente; e, ainda, ii) garantir-se a proteção dos direitos e interesses dessa mesma classe. Este objetivo será analisado neste tópico, enquanto aquele será problematizado ao discutir-se a possibilidade do *abuso de minoria* (ponto 4.3.2, infra).

Para tanto, faz-se necessária a confluência de quatro requisitos. Primeiramente, o plano proposto não poderá implicar em tratamento diferenciado aos credores que tiverem rejeitado a proposta (art. 58, §2º). Depois, a votação do mesmo deverá observar o disposto nos incisos I, II e III do § 1º do artigo 58:

- I – o voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembleia, independentemente de classes;
- II – a aprovação de 2 (duas) das classes de credores nos termos do art. 45 desta Lei ou, caso haja somente 2 (duas) classes credores votantes, a aprovação de pelo menos 1 (uma) delas;
- III – na classe que o houver rejeitado, o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma dos §§ 1º e 2º do art. 45 esta Lei.

Note-se que a redação dos incisos II e III manteve-se inalterada inobstante o advento da classe das microempresas e empresas de pequeno porte. Com a sua criação, há, *a priori*, duas saídas possíveis. Primeiramente, pode-se pensar na manutenção do inciso II tal como está, exigindo-se a aprovação por apenas duas classes – o que flexibilizaria a concessão do *cram down*; neste caso, far-se-ia necessária alteração redacional no inciso III, exigindo-se o quórum mínimo (1/3) nas duas classes que rejeitaram o plano.

A segunda saída, que parece mais razoável, é a mera adaptação do inciso II, para que se exija a aprovação de 3 classes de credores caso haja 4 classes votantes – mantendo-se inalterada a redação do inciso III. Esta parece ser a (silente) vontade do legislador, que inclusive previu, no § 2º do art. 41, o quórum necessário (maioria simples dos credores presentes) para aprovação do plano pela classe de credores em comento. De todo, seria razoável, para conferir maior clareza e coerência ao diploma, a expressa alteração do art. 58.

Presentes os requisitos objetivos listados acima, caberá ao juiz decidir pela concessão da recuperação judicial ou manutenção da deliberação da AGC, decretando a falência do devedor. A respeito dessa decisão, a doutrina tem debatido sobre a existência de poder discricionário do magistrado.

Sérgio Campinho (2006, p. 84) entende que o vocábulo *poderá*, empregado no art. 58, §1º (e também no §2º), evidencia não uma faculdade, mas um *poder-dever* do magistrado, excepcionando-se a concessão da recuperação apenas se verificada ilegalidade nas disposições do plano ou de ordem formal. A esse posicionamento, Frederico A. M. Simionato (2008, p. 118) acrescenta que tal *poder-dever* decorre do princípio da preservação da empresa economicamente viável.

Ainda no sentido de negar a discricionariedade do magistrado, oportuno citar a lição de Eduardo S. Munhoz:

(...) não cabe ao juiz nenhuma margem de discricionariedade ou, em palavras mais precisas, não há na lei, quanto a esse aspecto, conceitos abertos (chamados conceitos indeterminados) que confirmem ao juiz margem ampla de interpretação para a emissão dos respectivos *juízos de legalidade*.
(...)

A verificação no caso concreto, portanto, da viabilidade da recuperação do devedor e do atendimento aos objetivos alinhados pelo art. 47 não cabe exclusivamente ao juiz, mas deverá resultar do processo de negociação

entre devedor e credores estritamente regulado pela Lei (*structured bargaining*). (2007a, p. 190-191)⁷⁷

Por outro lado, Paulo Cezar Aragão e Laura Bumachar, após comentarem a necessidade de se atingir um quórum mínimo, afirmam:

(...) Além disso, terá a árdua tarefa de convencer o mesmo juiz da viabilidade da empresa e do plano apresentado, já que a exceção contida no art. 58 da LRE pode ser exercida de maneira discricionária pelo magistrado. (2007, p. 123).

Fábio Ulhoa Coelho (2010, v. 3) também reconhece a discricionariedade do juiz para conceder a recuperação judicial na hipótese do art. 58.⁷⁸

Esse posicionamento tem reverberado em decisões judiciais que tratam do assunto. Tome-se o seguinte exemplo, reconhecendo o papel ativo do magistrado para apreciação do *cram down*:

De fato, a lei prevê duas hipóteses: na primeira delas, se o plano não tiver sofrido objeção de credor ou tiver sido aprovado pela assembleia geral de credores, o juiz concederá a recuperação (art. 58, caput, da LFR); na segunda, o juiz poderá conceder a recuperação com base em plano que não obteve a aprovação na forma do art. 45da LFR, desde que, na mesma assembleia, tenha obtido, de forma cumulativa, votos especificados nos três incisos do § 1º do mesmo art. 58 da LFR.

Na primeira hipótese, a concessão é impositiva, mas, na segunda hipótese, cuida-se de mera faculdade, a ser utilizada desde que preenchidos os requisitos legais.

Assim, se o juiz entende que tais requisitos foram preenchidos em determinada hipótese, não há que se falar em usurpação de competência exclusiva da assembleia de credores.

É a própria lei que dá ao juiz o poder de conceder a recuperação judicial, apesar de, na assembleia geral de credores, ter havido alguma rejeição ao plano. (TJSP – Agravo de Instrumento n. 994.09.273364-3, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Re. Des. Romeu Ricupero, julgado em 01.06.2010)⁷⁹.

⁷⁷ Em sentido diverso, cite-se excerto de decisão interlocutória em que o magistrado vincula a concessão da recuperação judicial pelo *cram down* à apresentação, por parte do credor, de uma infinidade de documentos que demonstrem a viabilidade da empresa: “Alerto a Autora, (...), de que, por não ter havido unanimidade numa das classes de credores, por ocasião da votação do plano de recuperação judicial, a aprovação deste depende da comprovação da viabilidade da empresa, a ser aferida pelo juiz (artigo 58, § 1º), donde a pertinência da formulação das exigências acima” (TJPR, 1ª Vara Cível de Ponta Grossa, autos n. 390/2005, Juiz de Direito Luiz Henrique Miranda, julgado em 25.09.2009)

⁷⁸ No mesmo sentido, ainda, Ricardo Negrão (2010, p. 135) e Eduardo Foz Mange (2013, p. 58).

⁷⁹ Vide, ainda, os seguintes julgados: TJSP – Agravo de Instrumento 0155523-54.2013.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Teixeira Leite, julgado em 06.02.2014 e

Por fim, cabe destacar que grande parte da discussão doutrinária decorre da imprecisa importação do instituto do *cram down* ao ordenamento jurídico pátrio. Aqui, ao contrário do que ocorre em outros países – especialmente nos Estados Unidos da América – não houve a previsão de mecanismos que adequassem a atuação jurisdicional aos princípios da Lei 11.101/2005:

Trata-se de uma situação em que a LRE deixou de fixar normas imprescindíveis à harmonização dos interesses envolvidos pela recuperação da empresa.

Verificou-se, portanto, que o legislador brasileiro, à luz dos avanços estrangeiros sobre o tema a empresa em crise, introduziu no ordenamento jurídico um novo instituto destinado à recuperação e manutenção de empresas, mas deixou de prever os necessários princípios que acompanham o sistema recuperacional. Nesse sentido, o *cram down* foi inserido sem a garantia imprescindível do *fair and equitable* e cercado de exigências incompatíveis com a melhor utilização do instituto, conforme a estipulação de rígidos quóruns (...). (BATISTA *et al.*, 2006, p. 234-235)

Sem se estender no estudo dos princípios e garantias observadas no direito comparado, posto que tal empreitada desviar-se-ia por demais dos rumos inicialmente previstos ao presente trabalho⁸⁰, é valioso citar novamente a lição de Eduardo S. Munhoz que, após aprofundar-se na análise do *cram down* no direito comparado, conclui:

A Lei 11.101/2005, ao deixar de estabelecer claramente requisitos e princípios que venham nortear a intervenção jurisdicional na apreciação do plano de recuperação, apresenta-se sem o necessário equilíbrio, podendo levar a soluções insatisfatórias e incapazes de atender aos objetivos dos arts. 47 e 75. (...)

Nesse contexto, cabe à doutrina o importante papel de completar as lacunas e contribuir para a interpretação da nova Lei Falimentar, sobretudo no que diz respeito à fixação dos princípios que devem nortear a manifestação de vontade do devedor e dos credores no processo de recuperação judicial e, por consequência, que guiarão a intervenção jurisdicional para corrigir os eventuais desvios. Para tanto, seria fundamental e útil ao aperfeiçoamento do sistema o estudo de princípios como *best-interest-of-creditors*, *unfair discrimination* e *fair and equitable*, hauridos do direito comparado, sempre, porém, com a preocupação de

TJSP – Agravo de Instrumento n. 657.733.4/-00, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 6 de abril de 2010).

⁸⁰ De todo, deixam-se as seguintes recomendações: CERZETTI, S. C. N. O papel dos credores no Bankruptcy Code. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano XLVIII, n. 151/152, p. 164-186, jan./dez., 2009.

Bem como, BATISTA, C. S. J. *et al.* A prevalência da vontade da assembléia-geral de credores em questão: o *cram down* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano XLV, n. 143, p. 202-242, jul./set., 2006.

adaptá-los e modificá-los em função da realidade econômica e social brasileira.

Somente dessa forma será possível superar falsos *dualismos*⁸¹ e buscar um caminho que reconheça o importante papel do Estado-juiz na busca de soluções coerentes com o interesse público na recuperação da empresa, mas que não deixe de atribuir papel ativo aos participantes da vida econômica (...) na definição dessas soluções. (2007a, p. 199)

⁸¹ O autor faz referência à expressão *dualismo pendular*, cunhada por Fábio Konder Komparato (**Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 102, apud MUNHOZ, 2007a, p. 186), referindo-se à tendência de a legislação falimentar pender ora aos interesses creditícios, ora aos do devedor. Já Eduardo S. Munhoz afirma que haveria um 'segundo dualismo', opondo os poderes do magistrado e dos credores – como se observa nas discussões sobre a soberania das deliberações da AGC e no mecanismo do *cram down*.

4 ABUSO DE DIREITO DE VOTO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O ABUSO DE DIREITO

Embora a origem da noção de abuso de direito remeta a alguns institutos do direito romano⁸², o desenvolvimento das teorias sobre o abuso de direito – principalmente no século XX – vincula-se às transformações ocorridas pelo Direito Privado, especialmente no que tange ao declínio do dogma da autonomia da vontade (AMARAL, 2003; CRIPPA, 2013, p. 57-58).

O instituto em comento demonstra-se instrumento fundamental nesse processo de funcionalização dos direitos subjetivos (PINHEIRO, 2002, p. 427), pelo que, sem se afastar o exercício dos direitos, requer-se sua adequação a conceitos como a boa-fé, os bons costumes e a finalidade econômica e social do direito.

Daí porque Pietro Perlingieri (2008, p. 683) conceituar o abuso de direito como comportamento não justificado pelo interesse ligado à função da relação jurídica da qual essa situação faz parte. A sua valoração, observa o mesmo autor, é complexa tendo em vista a necessidade de verificar a existência de interesses contrários juridicamente relevantes, que deveriam ser considerados de forma harmônica e proporcional (PERLINGIERI, 2008, p. 683).

Já Sílvio de Salvo Venosa, semelhantemente, destaca que o exercício de um direito não pode afastar-se da finalidade para a qual foi criado (2002, p. 577). O referido autor explica que no abuso de direito, sob a máscara de ato legítimo, tem-se uma ilegalidade (2002, p. 577).

Desta feita, à teoria do abuso confia-se o dever de equilibrar os interesses em jogo, analisando os motivos que legitimam o exercício do direito e contrapondo-se

⁸² Nesse sentido, os institutos da *aemulatio*, da *exceptio doli* e do *venire contra factum proprium*, entre outros (CRIPPA, 2013, p. 58-60).

aos atos que – embora aparentemente fundadas em um direito – violem os limites acima expostos (CRIPPA, 2013, p. 58).

4.2 A REPRESSÃO DO ABUSO PELO DIREITO BRASILEIRO – BREVES APONTAMENTOS

Feitas as primeiras considerações sobre o abuso de direito, cabe delinear-mos de forma breve a sua repressão pela legislação brasileira. Inicialmente, destaque-se que a Lei 11.101/2005, inobstante tratar de matéria claramente suscetível a abusos e fraudes, não tratou do abuso de direito em nenhum momento.

Por esta razão torna-se imprescindível investigar o tratamento legal em outros diplomas normativos, bem como a possibilidade e a extensão de sua aplicabilidade ao processo recuperatório.

4.2.1 O Código Civil⁸³

Enquanto o Código Civil de 1916 previu o abuso de direito de forma indireta (AMARAL, 2003), em seu art. 160, o Código Civil de 2002 trouxe expressa previsão

⁸³ Cite-se que, além da previsão abordada neste tópico, o Código Civil traz uma segunda hipótese de abuso: a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50). Em breves palavras, defende-se que o juiz, percebendo – na análise do caso concreto – a ocorrência de fraudes (há previsão expressa para o desvio de finalidade e a confusão patrimonial), possa declarar a personalidade jurídica ineficaz para determinados efeitos. Trocando em miúdos, o juiz poderá afastar a aplicação da separação entre sócios e sociedade, ignorando a existência da pessoa jurídica, com vistas a coibir os atos ilícitos praticados com base na manipulação daquelas regras (COELHO, v. II, 2006, p. 39).

do abuso de direito como ato ilícito. Dispõe o artigo 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Note-se que o dispositivo estabelece elementos valorativos que condicionam a ocorrência do abuso à aferição axiológica (CRIPPA, 2013, p. 70). A esse respeito, Ruy Rosado de Aguiar Junior ressaltou que o referido dispositivo legal é o mais rico do Direito das Obrigações, visto que reúne os quatro princípios éticos – abuso de direito, fim social, boa-fé e bons costumes – que presidem o sistema (1999, p. 31-39).

O primeiro requisito para a configuração do abuso de direito pelo Código Civil é o *exercício de um direito*, conforme literalidade do artigo 187. Assim, se o ato prejudicial for consequência de algo que não seja direito da pessoa que o exerceu, não há de se falar em abuso de direito⁸⁴ – visto que não é possível abusar de algo que não se tem (CRIPPA, 2013, p. 71). Ademais, para além da imprecisão terminológica do dispositivo, estão abarcadas as hipóteses de abuso de direito tanto por ação como por omissão.

Depois, o artigo 187 exige que o exercício do direito exceda *manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*. Vê-se, logo, que não será qualquer excesso que ensejará a infração no artigo em comento, mas tão-somente a conduta que *manifestamente* incorrer contra os parâmetros ali enumerados.

Em relação à limitação imposta pelo fim econômico ou social, Carla Smith de Vasconcellos Crippa lembra que, embora normalmente não seja enunciado no texto legal, a todo direito corresponde uma finalidade (2013, p. 72). Complementa a referida autora que a finalidade *econômica* é alcançada pelo proveito material ou pela vantagem trazida pelo direito ao seu titular; já o fim social evoca, de forma genérica, a solidariedade da coletividade. Este é o exercício do direito com vistas à satisfação pessoal; aquele, da sociedade. (CRIPPA, 2013, p. 72)

⁸⁴ Da mesma forma se o exercício se der por terceiro que não seja seu titular. Em ambos os casos, contudo, poderá haver incidência em outras vedações – como o ato ilícito previsto no artigo 186 do Código Civil.

O legislador ainda faz menção às limitações impostas pela boa-fé – no caso, a boa-fé objetiva⁸⁵. Esta pressupõe a relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, às quais são impostos deveres de conduta – como a lealdade, a lisura, etc. (CRIPPA, 2013, p. 72). No tocante aos contratos, especificamente quanto à sua interpretação e execução, a boa-fé objetiva desempenha três funções: interpretativa, integrativa e limitadora (AMARAL, 2003, p.). E é exatamente esta última que está positivada no artigo 187 do Código Civil.

Por fim, Caio Mario da Silva Pereira ressalta que:

Não importa, na caracterização do uso ilícito do direito a deliberação de malfazer – *animus nocendi*. É suficiente determinar que, sem esta indagação extremamente subjetiva, abusa de seu direito aquele que leva o seu exercício ao extremo de convertê-lo em prejuízo para outrem sem vantagem para si mesmo. (2010, v. 1, p. 578)

Feitas essas considerações sobre o abuso de direito no Código Civil, faz-se necessário analisar ainda a aplicabilidade desse diploma normativo à Lei 11.101/2005.

Tem-se aceita a sua aplicação subsidiária, embora os doutrinadores não costumem alongar-se em justificar tal posição. Gladson Mamede, por exemplo, defende o uso supletivo das disposições ao direito de voto no processo recuperacional, mas não tece maiores comentários a respeito (2006, v. 4, p. 138)⁸⁶.

Newton de Lucca⁸⁷ (2011, p. 141-142, apud CRIPPA, 2013), tratando pormenorizadamente do tema, defende a aplicação subsidiária do Código Civil (art. 187), da Lei das Sociedades Anônimas (art. 115) e da Lei 8.884/1994 (arts. 20 e

⁸⁵ A boa-fé divide-se em duas perspectivas – *subjetiva* e *objetiva*. A primeira (subjetiva) traduz-se na crença de que o proceder é pautado pela lealdade; é um estado de consciência de que se age em conformidade com o direito (AMARAL, 2003). Quanto à boa-fé objetiva, esta diz respeito à *consideração, pelo agente, dos interesses alheios* – o que é próprio de um comportamento probo, leal, que traduz um dever de lisura (AMARAL, 2003).

⁸⁶ No mesmo sentido Mauro Rodrigues Penteado (2007, p. 75), que destaca o condicionamento da recepção dos artigos desses diplomas à conformidade com o disposto na Lei 11.101/2005.

⁸⁷ LUCCA, N. De. Abuso do direito de voto de credor na assembleia-geral de credores prevista nos arts. 35 a 46 da Lei 11.101/2005. In: ADAMEK, M. V. V. (Coord.). **Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2011.

21)⁸⁸ ao exercício do direito de voto pelo credor em assembleia por analogia. O referido autor fundamenta essa aplicação no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁸⁹ e no artigo 126 do Código de Processo Civil⁹⁰.

Ainda segundo Newton de Lucca, não há motivos para se cogitar o afastamento da analogia, tendo em vista a similitude nos casos de conflito de interesses, ou, nas palavras do autor, *interpenetração ontológica das mesmas* (2011, p. 142, apud CRIPPA, 2013, p. 94).

4.2.2 A Lei das Sociedades Anônimas

A Lei das Sociedades Anônimas estabeleceu de forma expressa os parâmetros que identificam exercício irregular do direito de voto, ampliando o tratamento dado a esta matéria e explicitando a figura do abuso de direito (CARVALHOSA, v. 2, 2003). As inovações, nota Erasmo Valladão A. e N. França⁹¹ (1993, apud MARIANO, 2012, p. 192), visaram reprimir o voto abusivo ou conflitante, de modo que na deliberação prevalecesse o interesse comum dos sócios.

⁸⁸ Atente-se ao fato de que atualmente a repressão ao abuso do poder econômico é feito pela Lei 12.529/2011.

⁸⁹ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁹⁰ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

⁹¹ FRANÇA, E. V. A. e N. **Conflito de Interesses nas Assembleias de S.A.**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 83.

O dispositivo que trata especificamente do tema é o artigo 115, dispondo que “o acionista deve exercer seu direito no interesse da companhia (...)”, preterindo seu interesse pessoal⁹².

O voto será irregular em duas situações: se for abusivo ou conflitante. No primeiro caso, o acionista intende, através de sua manifestação imoderada, causar danos à sociedade ou aos sócios; por outro lado, configura-se a irregularidade do voto quando o acionista possuir interesse inconciliável aos da sociedade⁹³ (CARVALHOSA, 2003; COELHO, 2006).

Fábio Ulhoa Coelho aponta ainda as seguintes características, quanto aos efeitos:

Em qualquer das duas modalidades (...) o acionista responde, civilmente, pelos prejuízos que ocasionar. A propósito, consigna a lei que o voto abusivo gera responsabilidade civil, mesmo que não tenha prevalecido, sendo certo que a mesma circunstância também se poderia estender ao conflitante. Mas, se são iguais as consequências para o acionista votante, tanto no caso de abuso como no de conflito de interesses, no que diz respeito à validade da deliberação assemblear, deve-se atentar à diferença de tratamento da lei. O voto abusivo nunca é causa de invalidação da assembleia, ou do resultado da votação; já o conflitante, se foi essencial para a deliberação, pode comprometer a validade desta. (...) Somente se o desprezo do voto conflitante conduziria à alteração da deliberação social será esta inválida (anulável). É a adoção do princípio jurídico de que não há nulidade sem prejuízo.

⁹² Fábio Ulhoa Coelho, ao tratar desse dispositivo, comenta: (...) A primeira dificuldade de aplicação do preceito advém da localização, pelo votante, do parâmetro recomendado na lei. Com efeito, quem é o intérprete do interesse social? Na maior parte das vezes, o acionista controlador; nas hipóteses em que este está impedido de votar, a maioria dos minoritários (...), e assim por diante. Outra dificuldade está em que o interesse social decorre da vontade ou entendimento predominantes entre os acionistas titulares de direito de voto; não os antecede. Resta a impressão de que a lei deseja, do sócio, no momento do voto, que ele antecipe, por sua experiência e pelo modo como vê a sociedade e os demais sócios, o resultado da votação. Mas isso é um despropósito, porque, a se admitir que os acionistas teriam o dever de nortear seus votos pelo que calculam ser o predominante no corpo social, os vencidos teriam inexoravelmente votado contra o interesse da companhia, em claro desrespeito à lei. A derradeira e incontornável dificuldade na aplicação do dispositivo legal diz respeito à impossibilidade de verificar sua obediência. (2006, v. 2, p. 310-311)

⁹³ A Lei das S/A, inclusive, faz menção expressa a duas deliberações em que se atesta o conflito de interesses: sobre o laudo de avaliação dos bens com os quais se deseja subscrever ao capital social, de um lado, e à aprovação de suas contas (se atuar como administrador).

No que tange à aplicabilidade da Lei das Sociedades Anônimas, Gladston Mamede (2006, v. 4, p. 138), Julio Kahan Mandel⁹⁴ e Ely de Oliveira Faria⁹⁵ (apud CRIPPA, 2013, p. 95), entre outros, defendem a aplicação – por analogia – das disposições relativas ao controle do abuso de voto desse diploma normativo, embora não tenham maiores comentários a respeito.

Utilizando-se do raciocínio de Newton de Lucca (vide 4.2.1, supra), observa-se que o disposto no artigo 4º da LINDB e 126 do Código de Processo Civil autoriza argumentação em favor da aplicação subsidiária da Lei das Sociedades Anônimas à Lei 11.101/2005. Para tanto, o juiz deverá ponderar se o recurso a esses diplomas permitirá a adequada solução da controvérsia ou se acabará por equiparar situações distintas, desvirtuando a Lei 11.101/2005 (CRIPPA, 2013, p. 95-96).

Carla S. de V. Crippa defende a não aplicação das disposições referentes ao conflito de interesses na LSA (artigo 115, § 1º⁹⁶) em analogia aos credores da Lei 11.101/2005⁹⁷, nos seguintes termos:

A inexistência de proibição de voto de credores em situação de conflito de interesses não decorre de uma lacuna na Lei 11.101/2005, mas sim de uma vontade manifesta do legislador, até porque expressamente previu nos artigos 39, parágrafo 1º, e 43 as hipóteses de proibição de voto. (2013, p.96)

⁹⁴ MANDEL, Julio Kahan. **Da convolação da recuperação judicial em falência**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, ano 10, n. 36, abr./jun. 2007.

⁹⁵ FARIA, Ely de Oliveira. Reflexões acerca do abuso do direito de voto do credor contra o plano de recuperação e soluções. In: **Revista de Direito Empresarial e Recuperacional**, São Paulo, 2010.

⁹⁶ Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.
§ 1º O acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.
(...)

⁹⁷ Tal entendimento é repercutido em decisões nos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Alagoas. Respectivamente: AI 545.582-4/4-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, Rel. Des Pereira Calças, julgado em 26.03.2008 e AI 2009.001751-4, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Nelma Torres Padilha, julgado em 12.04.2010. Em ambos os casos rechaçou-se que a existência de possível conflito de interesses pudesse, *a priori*, impedir o direito de voto de um credor que esteja de acordo com as formalidades legais.

Ainda, há de se considerar a diferença entre o escopo das duas legislações, como complementa a mesma autora:

A Lei das Sociedades Anônimas dispõe sobre a sociedade por ações e regula o conflito de interesses entre os acionistas e a companhia. Os acionistas livremente optaram em se associar e têm a obrigação legal de observar o interesse social previamente estabelecido, buscando a consecução do objeto social. Diferentemente, a Lei 11.101/2005 envolve uma coletividade de interesses, todos eles relevantes e legalmente protegidos. Não visa à proteção dos interesses da companhia (no caso, o devedor), mas sim preconiza que os interesses do devedor, dos credores, dos trabalhadores etc. sejam considerados conjuntamente. (CRIPPA, 2013, p. 104).

Por outro lado, Carla S. de V. Crippa entende plenamente aplicável as disposições referentes à responsabilidade por abuso do direito de voto por parte dos acionistas (art. 115, § 3º, da LSA), ao abuso do poder de controle (art. 117 da LSA), bem como da responsabilidade dos administradores (arts. 154 e 158 da LSA). (2013, p. 96)

4.2.3 O Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil reprime o abuso de direito na esfera processual. No artigo 14 estão elencados os deveres das partes e procuradores; nos artigos seguintes (16, 17 e 18), a responsabilidade das partes por dano processual em virtude de má-fé.

Humberto Theodoro Junior⁹⁸ sublinha que o Código de Processo Civil não traz uma definição genérica de abuso de direito processual, trazendo tão-somente comportamentos dos litigantes que caracterizam sua litigância de má-fé (THEODORO JR, 1998, p. 43; apud CRIPPA, 2013, p. 83).

⁹⁸ THEODORO JUNIOR, H. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 344, out./dez. 1998.

Desta forma, são enumeradas nos incisos do artigo 17 do Código de Processo Civil as seguintes situações: a dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; a alteração da verdade dos fatos; o uso do processo para conseguir objetivo ilegal; a oposição de resistência injustificada ao andamento do processo; a atuação temerária em incidente ou ato do processo; a apresentação de incidentes manifestamente infundados; e, por fim, a interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório⁹⁹.

A Lei 11.101/2005 traz expressa autorização para aplicação do Código de Processo Civil, no que couber, aos seus procedimentos. De fato, os dispositivos referentes à repressão do abuso processual são absolutamente cabíveis, especialmente no que tange os artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil (CRIPPA, 2013, p. 97).

4.3 O ABUSO DO DIREITO DE VOTO PELOS CREDORES E A ATUAÇÃO JUDICIAL

Feitas as considerações acerca do abuso de direito e sua repressão no ordenamento jurídico pátrio, passa-se a analisar tal instituto no âmbito da Lei 11.101/2005. Embora diversas situações em que potencialmente ocorrerão abusos pudessem ser abordadas, optou-se por delimitar o estudo a duas hipóteses concernentes ao abuso do direito de voto por parte dos credores na deliberação sobre o plano de recuperação judicial. Desta feita, passa-se a analisar as hipóteses de *conflito de interesses* e o *abuso da minoria*.

⁹⁹ O abuso processual manifestado pela apresentação de recursos manifestamente protelatórios está positivado ainda nos artigos 538, parágrafo único, e 740, parágrafo único.

4.3.1 Conflito de interesses

Como já aludido ao longo deste trabalho, a Lei 11.101/2005 instaurou um modelo coletivista, especialmente pela presença e atuação dos credores na Assembleia e no Comitê de Credores. O compartilhamento desse ambiente jurídico leva ao surgimento de novas relações entre os membros da Assembleia – tanto considerada no todo como em suas classes; bem como, instauram-se relações entre o devedor e os credores que se diferenciam daquelas individualmente mantidas. (MAMEDE, 2006, p. 138)

Embora fosse desejável que os credores comparecessem à Assembleia predispostos ao comportamento altruísta, ao trabalho coletivo e harmônico com o devedor com vistas à solução eficiente para todos os agentes e interesses envolvidos, faz-se necessária visão mais realista – o cenário apresentado é utópico. O conflito é natural nessa arena, e constitui direito – dentro de certos limites – dos credores, com fundamento na satisfação de seus créditos (MAMEDE, 2006, p. 139).

A ideia da reunião em assembleia tem por pressuposto a homogeneidade de interesses ou que, havendo dissonância, a maioria dos componentes delibere sobre a melhor alternativa. No caso da AGC, contudo, esse mesmo pressuposto deve ser relativizado, tendo em vista a complexa trama de interesses envolvidos – nas relações entre as classes formativas da AGC, bem como no interior das mesmas e, ainda, nas relações entre os credores e o devedor – que, não raro, são significativamente heterogêneas (SZTAJN, 2005, p. 57; SADDI, 2007, p. 221).

Ainda assim, Rachel Sztajn (2005, p. 62-63) identifica alguns interesses que concernem a todos os credores: evitar prejuízos maiores do que os provenientes da liquidação dos ativos em eventual falência; bem como, manter as relações negociais – embora admita que este possa não ser geral¹⁰⁰.

¹⁰⁰ De fato, este último interesse (manutenção das relações negociais) é bastante questionável – especialmente quando a perda dessa relação não importar perda estratégica para a manutenção do negócio do credor. Neste cenário, crê-se que o voto do credor se embasará especialmente no primeiro critério – sopesando riscos e perdas entre a recuperação e a falência.

Erasmus Valladão A. e N. França (2005, p. 79-80), citando Ulrich Ehricke¹⁰¹, reconhece como único interesse comum – especialmente na falência – o de, pelo menos no médio prazo, minimizar os prejuízos individualmente suportados, através da valorização dos ativos do devedor.

De outro lado, não é difícil imaginar as diferenças que cercam as classes formativas da AGC, como já apontado na apresentação das mesmas (item 3.1.1). Tal heterogeneidade é bastante visível no caso dos trabalhadores, cujo interesse na manutenção da atividade empresarial (e, conseqüentemente, dos seus vínculos empregatícios) está diretamente vinculado à probabilidade de realocação no mercado de trabalho¹⁰².

De mesmo modo os interesses envolvendo os fornecedores do devedor. É possível que tenham feito investimentos específicos ainda não amortizados para atender o cliente ora em crise, os quais nem sempre poderão ser realocados para novos interessados – seja por que o mercado é oligopolizado, seja por barreiras legais à entrada de novos *players*. Pelo que a deliberação desses fornecedores certamente estará pautada na recuperação dos seus custos e investimentos feitos. (SZTAJN, 2005, p. 64).

Ademais, outro fator que certamente pesará contra essa classe de credores é a combinação de custo e risco envolvido em eventual decretação de falência (consequência da rejeição do plano de recuperação judicial, nos termos do art. 56, §4º da Lei 11.101/2005). O risco de que o iter processual se arraste por anos, enquanto se depreciam os ativos do devedor, potencializando a probabilidade de que, quando da efetiva distribuição dos ativos, nada ou pouco sobre a receber¹⁰³.

¹⁰¹ EHRIKKE, Ulrich. **Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung**. München: C. H. Beck, 2001.

¹⁰² Pode-se dizer que a relação é ‘inversamente proporcional’. Havendo facilidade em recolocação, os empregados – supondo-se baixo grau de fidelidade do empregado à empresa – terão pouca propensão à aprovação do plano de recuperação. Diferentemente, em caso de dificuldade para reinserção – seja por crises macroeconômicas, seja por questões pessoais –, haverá maior interesse na manutenção da atividade. De todo modo, deve-se sublinhar que tal percepção – bem como no que tange nem sempre estará ao alcance do trabalhador, o que pode tornar essa análise de riscos e tomada de decisão ainda mais imprevisível.

¹⁰³ Neste sentido, André Z. T. de Queiroz destaca que os motivos que fundamentariam o interesse dos fornecedores na continuidade das atividades do devedor: a perda do contrato comercial com o devedor e a alta probabilidade que não recuperar o crédito na falência. (2008, p. 80)

Além do fato de a produção, os investimentos e diretrizes ficarem em certa medida dependentes do desfecho do imbróglio jurídico.

A possível realidade dos fornecedores, resumida acima, agrava-se quando se trata das micro e pequenas empresas, assemelhando-se – em termos de fragilidade econômica – aos empregados da empresa em crise. Por essa razão, essas empresas estarão em posição mais vulnerável para a negociação e aprovação de plano de recuperação judicial, ainda que lhes seja desfavorável¹⁰⁴.

Como exemplificado acima, são diversos os fatores potencialmente considerados pelos diversos credores na tomada de decisões na Assembleia, ainda mais porque na situação de crise e recuperação os fatores relacionados à percepção de risco, níveis de incerteza e complexidade se intensificam (MONTEIRO; TEIXEIRA, 2009, p. 62).

Ademais, nem sempre será possível determinar qual (ou quais) o motivo determinante – para o que contribui a desnecessidade de se justificar o voto. Alguns credores poderão basear seus votos no legítimo interesse da recuperação do devedor e no recebimento dos seus créditos; diversamente, outros poderão pautar seus comportamentos com vistas a satisfazerem interesses egoísticos, conflitantes.

De todo modo, a par da dificuldade probatória, é possível listar alguns abusos pautados pelo conflito de interesses, como os votos:

(...) (i) visando à rescisão de contrato lucrativo com o devedor; (ii) visando a se beneficiar de contrato de seguro de crédito; (iii) com o objetivo de se vingar do devedor; (iv) com o objetivo de adquirir os ativos da empresa a preço baixo na falência; (v) visando ao recebimento de vantagem indevida (por exemplo, caso algum credor ofereça um prêmio aos credores que rejeitem o plano ou, por outro ângulo, caso o devedor ofereça favorecimento indevido a um determinado grupo de credores que aprove o plano); (vi) em razão de recusa do devedor em conceder vantagem ilícita ao credor (por exemplo, caso o credor tenha exigido pagamento “por fora”); (vii) por credores privilegiados que forcem a falência para antecipar o recebimento dos créditos (...); e (viii) com o objetivo de eliminar concorrente do mercado (...). (CRIPPA, 2013, p. 104-105)

¹⁰⁴ Para tanto corroboram os argumentos trazidos anteriormente, no ponto 3.1.1, ao tratar da criação da classe dos credores enquadrados como micro e pequeno empresas.

Quanto ao último comportamento listado por Carla S. de V. Crippa – talvez o que mais claramente evidencia um *conflito de interesses* – cite-se o processo de recuperação da Varig Logística S.A.. Alegou-se que alguns credores, por serem concorrentes da devedora, teriam deliberado não com o legítimo interesse do recebimento do crédito, mas com vistas à eliminação do concorrente¹⁰⁵.

Convém trazer à baila trechos da decisão monocrática que reconheceu o voto abusivo na recuperação da Varig.

Ocorre que, ao analisar o conteúdo da votação e próprio contexto fático da presente recuperação, inevitável não se deparar com questões relacionadas ao direito de concorrência, que de maneira direta importaram na rejeição do plano por alguns detentores de créditos submetidos à recuperação, desde que no exercício de seu direito de voto buscaram fazer prevalecer interesses reflexos ao mero recebimento de seus créditos, em postura nitidamente incongruente com tal objetivo, revelando verdadeiro abuso do direito de voto.

(...)

Este o caso, por exemplo, da Atlantic Aviation Investments LLC, maior credora quirografária (crédito de R\$ 28.522.124,96) e que representa interesses da concorrente Lan Chile, desde que pertencem ao mesmo grupo. Ora, além da situação concorrencial em si, a credora em questão move execução de sentença proferida pela Corte de Nova York, Estados Unidos da América, com arresto de valores deferido pela Corte de Genebra, Suíça, tanto que refere seu pleito de maneira categórica na própria impugnação apresentada da presente recuperação judicial, no sentido de que aquela constrição de valores não se submete ao juízo das recuperações (inicial copiada nas fls. 3828/3835), quando é cediço que os valores naquele país bloqueado representam capital considerável e de fundamental importância para a implementação, inclusive, do plano de recuperação da Varig Logística. O seu interesse na falência da recuperanda parece evidente, quando a credora demonstra a incongruência de sua postura ao contestar a submissão de seu crédito aos efeitos da recuperação e, contraditoriamente, usar de tal crédito como suporte para o exercício de seu direito de voto de rejeição do plano, hipótese em que, caso decretada a falência e se submetida ao concurso de credores, provavelmente não receberia seu crédito, o contrário ocorrendo caso consiga ter acesso ao valor sequestrado pela Corte Suíça.

Também apontam nuances estranhas ao interesse interno dos credores submetidos à recuperação judicial os votos dos arrendadores de aeronaves PICL Aviation VI, LLC, Promo Aviation Inc, MNG Havayollari Vê Tasimacilik A.S., Wifnington Trust Company, Pegasus Aviation V Inc., Pegasus Aviation IV Inc., Pegasus Aviation II Inc., Pegasus Aviation I Inc., que impugnaram sua submissão à recuperação (fls. 2412/2541), mas, por outro lado, manifestaram voto contrário à aprovação do plano.

(...)

¹⁰⁵ E com o voto contrário desses credores (em especial, da Atlantic Aviation Investments LLC), não se alcançou o voto favorável de mais da metade dos créditos presentes à Assembleia, independentemente das classes, requisito para concessão da recuperação judicial por *cram down* (art. 58, § 1º, I).

A magistrada cita a Cartilha do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)¹⁰⁶ para definir a situação de abuso – no caso, o abuso do poder econômico:

O abuso de poder econômico ocorre toda vez que uma empresa se aproveita de sua condição de superioridade econômica para prejudicar a concorrência, inibir o funcionamento do mercado ou, ainda, aumentar arbitrariamente seus lucros. Em outras palavras, podemos dizer que o agente abusivo faz mau uso ou uso ilegítimo do poder que detém do mercado.

Este abuso não se dá a partir de práticas específicas, mas sim quando o detentor de substancial parcela do mercado age em desconformidade com os seus fins, desvirtuando, ultrapassando as fronteiras da razoabilidade.

(TJ-SP, 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo, processo nº 100.09.121755-9, Juíza de Direito Renata Mota Maciel, DJe 22.10.2009)

Pelo que, observando a aplicabilidade ao caso em tela, conclui a magistrada por coibir “comportamentos oportunistas de credores com interesses concorrencialmente relevantes”, excluindo os votos de concorrentes e credores com interesses na falência e concedendo a recuperação judicial.

Quando o impasse chegou ao Tribunal de Justiça de São Paulo, contudo, o entendimento predominante foi no sentido de que a coincidência das qualidades de *credor* e *concorrente* é insuficiente para, por si só, presumir o comportamento abusivo frente ao *devedor-concorrente*.

Em se tratando de recuperação judicial de uma empresa de aviação civil, não me parece que todas as outras empresas de aviação civil, só pela óbvia concorrência, estejam obrigatoriamente compelidas a aprovar o plano, sob pena do voto desfavorável ser tido como exercício abusivo.

(...)

Com a devida vênia, o só fato de uma empresa concorrente votar pela rejeição do plano não pode ser tido como manifestamente excedente dos limites impostos pelo fim econômico ou social, até porque estar-se-ia condenando toda e qualquer empresa concorrente a aprovar o plano, o que significa afastamento da liberdade de vota, que implica obviamente na dualidade de aprovar ou rejeitar.

(TJ-SP – Agravo de Instrumento n. 994.09.273364-3, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 06.10.2010)¹⁰⁷

¹⁰⁶ MARQUES, F. de O. (Org.). **Código de Defesa do Consumidor, Legislação de Defesa Comercial e da Concorrência, Legislação de Defesa Comercial e da Concorrência, Legislação das Agências Reguladoras e Constituição Federal**. 3ª ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 303.

¹⁰⁷ Em sentido semelhante a decisão do Tribunal de Justiça de Alagoas na recuperação da empresa Laginha Agro Industrial Ltda.: TJ-AL, Agravo de Instrumento 2009.00175104, 3ª Câmara Cível, Des. Rel. Nelma Torres Padilha, julgado em 12.04.2010.

Deveras, sustentar posição contrária a do Tribunal seria obrigar o *credor-concorrente* a adotar, indiscriminadamente, posicionamentos favoráveis ao devedor, o que nem de longe configura exigência razoável. Assim, ao credor é defeso analisar a viabilidade econômico-financeira do plano de recuperação, bem como a estratégia que melhor lhe aprouver para a legítima recuperação de seu crédito.

De outro lado, ainda que compreensível a desconfiança do devedor quanto ao seu *credor-concorrente* – tendo em vista que a lógica mercadológica nem sempre obedece aos princípios éticos –, a configuração do abuso do direito se dará apenas se o voto desfavorável for baseado essencialmente na eliminação do concorrente do mercado¹⁰⁸, pelo que será imprescindível a – difícil – comprovação da motivação do voto do credor.

Eduardo Secchi Munhoz (2007b, p. 292) sugere ser abusiva a rejeição de plano em cujo qual a posição do credor é mais favorável do que seria na falência. No seguinte trecho da sentença que concedeu a recuperação judicial à Ótica Voluntários Ltda., ratificado pelo TJ-SP¹⁰⁹, narra-se uma situação em que tal suposição é aplicável:

(...) os credores financeiros contrários ao plano de recuperação representam aproximadamente 60% do passivo da devedora. Sendo assim, em caso de concurso de credores, em razão da falência, todos os demais credores (40% restantes) entrariam no rateio dos ativos da empresa. Deve-se levar em consideração, ainda, que os ativos da empresa são evidentemente insuficientes para o pagamento integral de todos os credores. Daí se conclui, com facilidade, que a situação proposta pelo plano de recuperação (pagamento parcelado, com correção e juros de mora, sem deságio e sem carência) é muito mais favorável do que a situação desses credores em caso de falência.

Os votos desfavoráveis dessas instituições financeiras devem ser considerados, portanto, abusivos. Não possuem lógica econômica, vez que conduzem à [sic] uma situação que é menos favorável aos próprios credores e, ainda, estão em dissonância com as finalidades do instituto da recuperação da empresa, vez que o plano apresentado propõe divisão razoável de ônus entre devedora e credores e tem condições de conduzir o processo à realização de sua finalidade última representada pela geração dos benefícios sociais reflexos da manutenção da atividade da empresa (empregos, receitas, rendas, produtos e serviços socialmente relevantes). (TJ-SP. Sentença do processo nº 47944-09.2011.8.26.0100. 1ª Vara de

¹⁰⁸ Neste caso, é possível cogitar-se ainda da aplicação subsidiária da Lei 12.529/2011, com vistas a punir comportamentos que configurem abuso do poder econômico.

¹⁰⁹ TJ-SP. Agravo de Instrumento 99076-46/2013.8.26.0000. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. José Reynaldo. Julgado em 03.02.2014.

Falências e Recuperações Judiciais da Comarca de São Paulo. Juiz de Direito Daniel Carnio Costa. Julgado em 02.05.2013)

Embora se reconheça a aplicabilidade ao caso supra, a fórmula proposta por Eduardo Secchi Munhoz não pode ser entendida de forma absoluta. Tome-se, por exemplo, a deliberação acerca de um plano que seja manifestamente inviável economicamente. Ainda que seja incontroverso que determinado credor não vá receber seu crédito na falência – ou ainda, receber um valor ínfimo –, não seria razoável vinculá-lo à aprovação do plano em que consta a satisfação futura de parcela de seu crédito. Levar adiante tal plano significaria protelar até a convolação em falência, possivelmente causando perdas ao patrimônio do devedor e mantendo os credores envoltos nesse cenário de incertezas.

Carla S. de V. Crippa (2013, p. 105) também diverge do entendimento de Eduardo Secchi Munhoz, citando o caso em que o plano de recuperação, inobstante proporcionar vantagens para determinado credor, estabelecer injustas discriminações entre credores ou, ainda, for fraudulento.

De todo modo, a par de critérios – legais, jurisprudenciais ou doutrinários – para inibir o comportamento abusivo, há de se ter em mente que o conflito de interesses sempre fará parte do processo recuperacional e das relações ali travadas. Como destaca Jairo Saddi, ao comentar o primeiro ano de vigência da Lei 11.101/2005:

Não será fácil mudar anos de cultura contrária ao consenso. A sociedade brasileira ainda é um produto do sistema capitalista em desenvolvimento, no qual a visão individualista deturpa a necessidade coletiva, que muitas vezes é superior, em termos de resultado e valor ao negócio. O fato de inexistir um denominador comum entre as soluções e decisões ditadas pelos credores presentes é a maior lição que se pode depreender da lei (...). (2007, p. 223)

E, por fim, Rachel Sztajn, atenta para as relações conflituosas no processo recuperacional, destaca a criação de mecanismos legais que possibilitem a confluência dos interesses:

Com as ressalvas e cuidados, atenção para a criação de incentivos adequados será mais fácil induzir a cooperação, nada obstante os certos e

sérios conflitos de interesses que possam emergir na disputa que envolve o futuro empresarial do devedor. Se, de outro lado, os incentivos e efeitos de segunda ordem criarem externalidades que interessem a qualquer dos envolvidos que veja a oportunidade de obter vantagens, de dividir o *surplus*¹¹⁰ de forma a beneficiá-lo, estar-se-á diante de problema de difícil solução. O comportamento dos interessados – tanto o dos titulares do negócio em crise, quanto o dos credores, que aceitam em boa medida associar-se na empreitada de preservar a atividade – é vital para que os resultados pretendidos pelo legislador sejam atendidos.

Está-se frente a um jogo em que as estratégias no que diz respeito à divisão dos ganhos é (sic) elemento importante na tomada de decisão e no qual aqueles menos vulneráveis e mais informados poderão obter vantagens sem que os remanescentes tenham muitos mecanismos de defesa.

(SZTAJN, 2013, p. 69-70)

4.3.2 Abuso de minoria

Como já foi frisado, o direito de voto deve ser exercido pelo credor sem abusos. A prática do processo recuperacional, contudo, relata diversas hipóteses em que tal ideal é renegado em prol de interesses e vantagens individuais. Assim, não raro confrontar-se-á com exigências tais como o tratamento diferenciado nas disposições do plano, pagamentos não contabilizados ('por fora'), etc.

Evidentemente o poder de barganha dos credores, a possibilidade de se impor frente ao devedor, estará diretamente vinculada ao percentual que seus créditos representam nas suas respectivas classes, sua capacidade de articulação (com os demais credores) e o manejo das informações estratégicas – especialmente sobre a real condição do devedor. A esse respeito, Rachel Sztajn explana:

Se compete aos credores analisar, aprovar ou rejeitar o plano de recuperação, (...) não estranha supor que aqueles credores melhor informados sobre os efeitos de cada uma das matérias tenderão a apresentar argumentos favoráveis às suas posições – o que levará à sua dominância sobre os demais, suas estratégias serão mais eficazes. E, exatamente porque têm informações de melhor qualidade, ou são mais

¹¹⁰ O valor alcançado pela recuperação frente ao da liquidação (SZTAJN, 2013, p. 63).

hábeis no seu manejo, podem se aproveitar disso para agir de forma oportunista; seu domínio sobre a atividade, operações econômicas, administração de negócios, por exemplo, lhes permite extrair ganhos ou vantagens; outros credores os obterão mediante ameaças, provavelmente críveis, de recusar a aprovação do plano, do que resultaria a decretação da falência. (2013, p. 65-66)

Entre os credores mais propensos a utilizarem-se dessas estratégias estão os credores com garantia real. Tendo em vista constituírem, usualmente, a classe com o menor número de credores (não sendo raro existir um único credor nesta classe), seu voto será mais relevante do que aquele tomado em classe mais numerosa. Abre-se margem, assim, para comportamentos oportunistas, que privilegiem os interesses individuais.

A Lei 11.101/2005, ainda que não trate especificamente do abuso de direito, estabelece como mecanismo de repressão a esse desvio o instituto do *cram down*. Como já foi visto, deverá o plano ter obtido voto favorável de mais da metade do valor dos créditos presentes à assembleia, a aprovação por uma ou duas classes (conforme sejam duas ou três/quatro no total) e – na classe em que houve rejeição – voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores (art. 58, §1º, III).

Especialmente pelo terceiro requisito, a hipótese do *abuso de minoria* não encontra remédio no dito *cram down*. É o apontamento que faz Eduardo Secchi Munhoz:

Por outro lado, o requisito previsto no inciso III do §1º do art. 58 pode inviabilizar, por completo, a aprovação de um plano de recuperação, ainda que este não acarrete *unfair discrimination* e seja *fair and equitable*¹¹¹ em relação a todas as classes. Isso porque, se uma classe de credores rejeitar o plano com votos representativos de mais de 2/3 do total dos créditos dessa classe, esse veto não poderá ser superado pelo juiz. Com isso, pode uma classe de credores com maior prioridade para o recebimento dos créditos (v.g., com garantia real), dependendo da situação patrimonial do devedor, preferir sua liquidação imediata, já que os ativos seriam suficientes para o pagamento dos respectivos créditos, ainda que essa solução seja prejudicial às demais classes com prioridade inferior e ainda que a

¹¹¹ Ambos são princípios observados no direito comparado – como no direito estadunidense e no direito alemão, cada qual com suas especificidades – que permitem balizar a concessão da recuperação judicial para além da verificação de determinados quóruns de aprovação do plano pelos credores. O primeiro princípio citado (*unfair discrimination*) proíbe o plano de dispor tratamento diferenciado a credores da mesma classe ou que tenham créditos da mesma natureza (MUNHOZ, 2007a, p. 195-196). O outro princípio citado dispõe que o plano deve ser *fair and equitable* no tratamento entre as classes – especificamente, deve ser justo e equitativo em relação à classe discordante. (CEREZETTI, 2009, p. 178).

aprovação do plano não deixasse a classe com maior prioridade em situação pior. O voto, assim manifestado por essa classe de credores, seria claramente incompatível com a função pública do instituto da recuperação da empresa, mas a lei brasileira não prevê nenhuma válvula de escape, que permita ao juiz a superação desse veto.

(...) De outra parte, e talvez ainda mais grave, a lei brasileira não se preocupou em oferecer ao juiz a possibilidade de superar o veto imposto por uma classe se os votos nesse sentido representem mais de 2/3 do total de créditos da classe, ainda que essa posição replica um comportamento de índole puramente individualista, contrário à função pública da recuperação". (2007b, p. 292-293)

A jurisprudência pátria tem sido atenta à lacuna do diploma legal apontada pela doutrina, atuando de forma a supri-la. Cite-se, por exemplo, decisão do TJ-SP na recuperação judicial da Marbel R. C. Comércio, Importação e Exportação Ltda.

Ora, percebeu o referido órgão que o voto pela rejeição por parte daquele credor inviabilizaria, por si só, a possibilidade do *cram down* pelo juiz da causa. De sorte que o destino do credor estaria, em larga medida, nas mãos deste credor, que poderá decidir pela falência, ainda que o plano seja *fair and equitable* em relação a todas as classes da Assembleia e não haja qualquer violação ao *unfair discrimination*.

Tome-se o seguinte excerto do voto do relator, o Des. Romeu Ricupero:

No que concerne a esse inciso III [do § 1º do art. 58], impende mencionar que, se uma das classes é constituída por apenas um credor, como ocorre aqui, não se pode exigir o voto favorável de mais de 1/3 (um terço) dos credores, computados na forma do § 1º do art. 45 da Lei n. 11.101/2005, porque, de qualquer maneira, a rejeição do plano pelo credor único representaria sempre a decretação da falência da recuperanda e, como é sabido, a Lei n. 11.101/2005, no aludido § 1º do art. 58, procurar evitar o "abuso da minoria" (cf. expressão utilizada por Jorge Lobo, in Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, 2ª edição, coordenação de Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 173), isto é, que o voto desfavorável de credor único em determinada classe implique em falência da recuperanda. (...) (TJSP – Agravo de Instrumento n. 627.287-4/5-00, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 30.06.2009)

Pelo que o Tribunal, ciente que a situação não encontra amparo ou remédio na legislação falimentar em vigor e com vistas a reprimir a situação de abuso do direito de voto e cumprir, decidiu pela flexibilização dos requisitos do *cram down*,

aprovando-se o plano de recuperação inobstante o voto contrário do credor com garantia real:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Plano aprovado pela unanimidade dos credores trabalhistas e pela maioria dos credores da classe III do art. 41 e rejeitado por credor único na classe com garantia real – Concessão da recuperação judicial pelo juiz – Agravo de instrumento interposto pelo credor único, com garantia real – Preenchimento indiscutível do requisito do inciso II do § 1º do art. 58 (aprovação por duas classes) – Preenchimento, também, do requisito do inciso I do § 1º do art. 58 (voto favorável de credores que representem mais da metade do valor de todos os créditos presentes à assembléia, independentemente de classes) – Requisito do inciso III do § 1º do art. 58 que jamais será preenchido, no caso de credor único que rejeite o plano, consagrando o abuso da minoria – Hipótese não cogitada pelo legislador e pelo *cram down* restritivo da lei brasileira – Juiz que, não obstante, não se exime de decidir, alegando lacuna na lei – Inteligência do disposto no art. 126 do CPC, aplicável supletivamente ao caso (art. 189 da nova LFR) – Decisão de concessão mantida – Agravo de instrumento não provido.

(TJSP – Agravo de Instrumento n. 627.287-4/5-00, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 30.06.2009)¹¹²

É acertada a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Ora, o exame das condições objetivas impostas à concessão da recuperação via *cram down* demonstra a impossibilidade, *a priori*, de sua aplicação ao caso do abuso de minoria. Contudo, como já foi frisado:

(...) a exigência de aprovação dos credores componentes da classe dissidente pode acarretar prejuízos à preservação da empresa, ao dificultar a superação de um veto e a consequente aprovação de um plano de recuperação que se apresenta com soluções economicamente viáveis. Acredita-se, portanto, tratar-se de requisito prejudicial a ser desconsiderado quando da análise judicial. O proposto afastamento desse requisito legal não significa que a classe dissidente não contará com nenhuma proteção. Na verdade, seus direitos estarão resguardados mediante a utilização de outros requisitos capazes de averiguar a equidade do plano (...). (BATISTA *et al.*, 2006, p. 217)

Desta feita, faz-se imperiosa a atuação judicial com vistas a reprimir os eventuais abusos cometidos por credores, tais como o *abuso de minoria*. Não se trata de retirar dos credores o papel central que ocupam no processo recuperacional e tampouco tolhê-los a liberdade de negociação e deliberação acerca do plano de

¹¹² Da mesma Turma, há ainda os seguintes agravos, corroborando o entendimento acima explicitado: 649.192-4/2-00, 627.497.4/3-00 e 638.631.4/1-00.

recuperação, mas tão-somente a adequação da atuação desses aos fins visados pela Lei 11.101/2005¹¹³.

Assim, oportuna a lição de Jorge Lobo, ao frisar que:

(...) ao votar na assembléia geral, o credor não pode perpetrar o famigerado abuso de minoria e agir para atender, exclusivamente, ao seu próprio interesse, pois, convocado a deliberar sobre o plano de recuperação ou as alterações a ele propostas, o credor deve ponderar os princípios , que orientam a LRE, e os fins, por ela colimados. (2009, p. 92).

¹¹³ Nesse sentido, o seguinte trecho de decisão do TJSP: “No entanto, ao julgador há de ser dado certo campo de atuação além dos limites literais da lei para que prevaleça o princípio da manutenção da empresa que revele possibilidade de superar a crise econômico financeira pela qual esteja passando. Art. 47 da NLF consagra expressamente tal princípio. (...)” (Agravado de Instrumento n. 657.733.4/6-00, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Lino Machado, julgado em 27.10.2009)

5 CONCLUSÕES

Desde a promulgação do Código Comercial de 1850, a legislação falimentar brasileira passou por inúmeras alterações, como apresentado no início deste trabalho. As mudanças evidenciam a necessária adequação dos diplomas normativos à realidade fática que os circunda.

A análise do desenvolvimento da legislação falimentar, respeitadas as particularidades históricas, permite melhor compreensão dos institutos disciplinados, da complexa trama de interesses envolvidos e a atuação estatal – seja legislativa, seja jurisprudencial.

Note-se que no final do século XIX¹¹⁴ já houve alterações normativas que permitiram, ou ao menos visaram a participação efetiva dos credores no processo. Com poucas exceções, especialmente o Decreto-Lei 7.661/1945, a tônica – presente também na Lei 11.101/2005 – tem sido a ampliação da atuação dos credores, bem como, o aumento dos tipos de créditos submetidos ao processo recuperacional.

Nos diferentes diplomas vê-se a tentativa de equilibrar os interesses dos credores e do devedor, embora essa gangorra legal tenha acabado sempre por pender para um dos lados. Essa turbulenta relação credor-devedor tornou-se ainda mais complexa com a inclusão, na Lei 11.101/2005, do interesse público – tanto na geração de tributos, fonte de empregos, etc.

Outro contraponto feito à participação dos credores diz respeito à extensão de suas competências frente ao poder jurisdicional – especialmente no que tange à possibilidade de revisão judicial das deliberações assembleares sobre o plano de recuperação judicial. Tomando-se por base apenas os dois últimos diplomas normativos falimentares¹¹⁵ nota-se a reinserção dos credores no processo recuperacional, com ampla atribuição de competências, ainda que o magistrado

¹¹⁴ Precisamente, com os Decretos n. 3.065/1882 e 917/1890.

¹¹⁵ O Decreto-Lei n. 7.661/1945 e a Lei 11.101/2005.

exerça papel relevante. As fronteiras de atuação de ambos os órgãos, contudo, permanecem sob discussão doutrinária e jurisprudencial.

A participação dos credores no processo recuperacional dá-se, sobretudo, na Assembleia-Geral dos Credores. Trata-se do órgão em que são tomadas as principais decisões – especialmente a deliberação a respeito do plano de recuperação judicial.

A instalação da AGC e o desenvolvimento de suas atividades, de forma geral, estão envoltas em uma série de requisitos formais estipulados pelo legislador. Se elas servem como garantias para dar estabilidade e legitimidade às deliberações, por vezes também representam empecilhos desnecessários e custosos.

As exigências de publicações em jornais e editais, por exemplo, devem ser paulatinamente substituídos por meios (eletrônicos, mas não só) menos onerosos e mais eficientes. Ademais, a imposição da presença (ou representação) do credor ao local da Assembleia traduz-se em impeditivo à presença dos credores, principalmente quando as relações do devedor espalham-se por diferentes Estados ou mesmo no estrangeiro. Desta feita, frente aos avanços dos meios de comunicação, é defeso imaginar a possibilidade de participação via videoconferência, entre outros, com vistas a combater o absenteísmo das Assembleias.

Quanto aos participantes da Assembleia, o parágrafo único do artigo 43 da Lei 11.101/2005 estabelece um rol exemplificativo de pessoas que não poderão votar, em boa medida visando coibir decisões abusivas, embora possam participar da reunião. Outras exceções – previstas nos §§ 3º e 4º do art. 49 – são fruto de pressões exercidas por instituições financeiras durante a tramitação da Lei 11.101/2005 e que acabaram por positivar vantagens especiais a esses credores em todos os feitos que se submeterem a LRE.

A temática do conflito de interesses é perceptível também na formação das classes da AGC, as quais o legislador pretendeu basear em supostos interesses homogêneos. Não foi o resultado obtido, especialmente na classe dos credores com quirografários e com privilégios (art. 41, III), conforme numerosas críticas

doutrinárias. Desta feita, o legislador acabou por propiciar decisões internas conflitantes que, não raro, poderão levar a resultados indesejados.

Há de se ressaltar a recente criação¹¹⁶ de classe específica para microempresas e empresas de pequeno porte (art. 41, IV). As particularidades – e, especialmente, a fragilidade econômica – dessas empresas justificam a criação desse foro deliberativo próprio. Ainda, a medida encontra-se em conformidade com a Constituição Federal (art. 170, IX), e estende o tratamento diferenciado que já era proporcionado a essas empresas no tocante à propositura da recuperação judicial (arts. 70-72). Ressalve-se o relapso do legislador em não adaptar o artigo 58, que trata dos requisitos do *cram down*, à criação da nova classe: entende-se, de todo, que deverá ser alterada a redação do inciso II, para que conste a necessidade de aprovação de 3 classes, quando houver 4 classes votantes, sem nenhuma alteração no inciso três.

Ainda no tocante à formação das classes da AGC, seria salutar que se possibilitasse ao devedor, por meio do plano de recuperação, dividir a classes de acordo com as especificidades do caso concreto – sob supervisão judicial, evidentemente, para coibir as discriminações injustas e demais abusos. Tal hipótese já é adotada em outros países – como a Alemanha e os Estados Unidos –, pelo que seria interessante estender os estudos ao direito comparado e à possibilidade de aplicação ao direito falimentar pátrio.

Tratando especificamente do abuso de direito, a ausência de previsão expressa a respeito na Lei 11.101/2005 justifica a incursão em outros diplomas normativos pátrios, sendo que, em grande medida, são aplicáveis e de grande utilidade à LRE. Nesta, a matéria disciplinada mostra-se propícia para comportamentos abusivos – de todos os agentes interessados no feito. O aprofundamento nessa complexa trama de interesses – tanto legítimos como obscuros – foge à limitada abrangência do presente trabalho, mas permanece como sugestão a futuros estudos.

As situações de conflito de interesses permeiam toda a recuperação judicial; ainda assim, não há – para além de poucas limitações ao direito de voto de algumas pessoas relacionadas ao devedor – quaisquer previsões a respeito. Nesse sentido,

¹¹⁶ A alteração deu-se pela Lei Complementar n. 147, de 07 de agosto de 2014.

os únicos parâmetros para a ingerência do magistrado são os princípios e objetivos da LRE.

Entre os comportamentos que podem ser tidos por abusivos por conflito de interesse são aqueles praticados pelo credor-concorrente com vistas a eliminar o devedor-concorrente do mercado. Diante da desnecessidade de que o credor justifique o seu voto, torna-se praticamente impossível descobrir quais as razões – se legítimas ou abusivas – que determinaram o seu posicionamento.

A jurisprudência tem entendido que a mera reunião das qualidades de credor e concorrente não é suficiente para configurar abuso de direito em eventual voto pela falência. Embora acertado, tal entendimento deixa o devedor em situação delicada, posto que dificilmente conseguirá provar as motivações do credor-concorrente. Pelo que, pensa-se ser necessário buscar novos mecanismos que equilibrem essa relação e tornem mais precisa o reconhecimento de eventuais situações de abuso.

A única saída positivada pela Lei 11.101/2005 para superar as deliberações assembleares em desacordo com os fins por ela preconizados é o *cram down*. Advindo do direito comparado, o instituto tem fomentado debates doutrinários e jurisprudenciais sobre os limites de sua aplicação. Notou-se pois que, tal como está, o *cram down* é instrumento insuficiente – muito em virtude das exigências cumulativas de quóruns e classes favoráveis ao plano.

A situação mais evidente é a de abuso de minoria – como na classe composta por um único credor. Ora, nesse caso faz-se imperiosa a flexibilização dos critérios impostos pelo art. 58 com vistas à efetivação dos objetivos e princípios da preconizados pela recuperação judicial. Contudo, não há ainda a definição das ações e do alcance da atuação do magistrado. Novamente, tendo em vista a origem do instituto em comento, é de grande valia o estudo do direito comparado, em que se verificam mecanismos mais voláteis, permitindo a sua aplicabilidade ao caso concreto sem perder de vista os princípios norteadores do processo recuperacional.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, N. **Curso de Direito Falimentar**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ABRÃO, C. H; TOLEDO, P. F. C. S. de (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMARAL, F. **Direito Civil** – Introdução ao Direito Civil. 5. ed. rev., atual. e aum.. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDRADE, R. A. de. Comentários aos artigos 35 ao 46. In: DE LUCCA, N.; SIMÃO FILHO, A. (Coord.). **Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARAGÃO, P. C.; BUMACHAR, L. A. Assembléia Geral de Credores na Lei de Recuperação e Falências. In: SANTOS, P. P. (Coord.). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas: lei nº 11.101/05**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BATISTA, C. S. J. *et al.* A prevalência da vontade da assembléia-geral de credores em questão: o *cram down* e a apreciação judicial do plano aprovado por todas as classes. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano XLV, n. 143, p.202-242, jul./set., 2006.

BEZERRA FILHO, M. J. **Nova Lei de Recuperação e Falências comentada**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BIOLCHI, O. Apresentação. In: ABRÃO, C. H.; TOLEDO, P. F. C. S. de. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Econômicos. Parecer n. 534, de 2004. *Diário do Senado Federal*, Brasília-DF, 10-6-2004. Disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=63304. Acesso em 22.07.2014.

CAMPINHO, S. **Falência e recuperação de empresa**: o novo regime da insolvência civil. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARVALHOSA, M. Arts. 35 a 40. In: CORRÊA-LIMA, O. B.; LIMA, S. M. C. (Coords.). **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas**: nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CEREZETTI, S. C. N. O papel dos credores no *Bankruptcy Code*. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, ano XLVIII, n. 151/152, p.164-186, jan./dez., 2009.

COELHO, F. U. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas** (Lei n. 11.101, de 9-2-2005). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

CRIPPA, C. S. de V. **O abuso de direito na recuperação judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

FAZZIO JR. W. **Lei de Falência e Recuperação de Empresa**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

FRANÇA, E. V. A. e N. A assembléia-geral de credores na nova lei falimentar. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, nº 138, p. 71-83, abr.-jun., 2005.

_____. Artigos. 35 a 46. In: SOUZA JUNIOR, F. S. de; PITOMO, A. S. A. de M. (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, W. M. **Curso de direito commercial**. São Paulo: Typographia Siqueira Salles Oliveira, Rocha & C., 1927. v. II.

_____. **Instituições de direito comercial**. 3ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1951. vol. 4.

GARANTIA. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 39.

GONÇALVES NETO, A. D. A. Administração da Falência, Realização do Ativo e Pagamento dos Credores. In: SANTOS, P. P. (Coord.). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/05**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GUIMARÃES, L. M. In: GUERRA, E.; LITRENTTO, M. C. F. (Org.). **Nova Lei de Falências: Lei 11.101 de 9/2/2005, comentada**. Campinas: LZN Editora, 2005. p. 71-89.

GUIMARÃES, M. C. M. Entraves à eficácia da lei de recuperação de empresas em crise. Como superá-los?. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 142, p. 155-164, abr./jun. 2006.

ISFER, E. **Sociedade de Propósito Específico como instrumento de recuperação de empresas**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

LOBO, J. Artigos 35-69. In: ABRÃO, C. H; TOLEDO, P. F. C. S. de (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, R. A. (Coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MAMEDE, G. **Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas**. v. 4. São Paulo: Atlas, 2006.

MANGE, E. F. **A Assembleia-Geral de Credores na Recuperação Judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

MANGE, R. L. de M. O administrador judicial, o gestor judicial e o comitê de credores. In: SANTOS, P. P. (Coord.). **A nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**: Lei nº 11.101/2005. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARIANO, Á. A. C. **Abuso de voto na recuperação judicial**. Tese (Doutorado em Direito Comercial). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MILANI, M. S. **Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência comentada**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MONTEIRO, R. S.; TEIXEIRA, M. L. M. O papel da confiança na concessão de crédito para empresas em recuperação. **Revista de Administração Mackenzie**, v. 10, n. 1, jan./fev., 2009, p. 58-88.

MUNHOZ, E. S. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional na apreciação do plano de recuperação judicial. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 10, n. 36, p. 184-199, abr./jun. 2007a.

_____. In: SOUZA JUNIOR, F. S. de; PITOMO, A. S. A. de M. (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b.

NEGRÃO, R. **Manual de direito comercial e de empresa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007a. vol. 3.

_____. Recuperação Judicial. In: SANTOS, P. P. (Coord.). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas**: Lei nº 11.101/05. Rio de Janeiro: Forense, 2007b.

_____. **A eficiência do processo judicial na recuperação de empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PENTEADO, M. R. In: SOUZA JUNIOR, F. S. de; PITOMO, A. S. A. de M. (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 57-143.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil. v. 1. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, R. F. **O abuso do Direito e as Relações Contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. vol. 30.

QUEIROZ, A. Z. T. de. **Os credores, o Estado e os interesses privados diante da empresa em recuperação judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2008.

REQUIÃO, R. **Curso de direito falimentar**. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v. I e II.

RIBEIRO, M. C. P. Administrador Judicial e Comitê de Credores. In: _____.; BERTOLDI, M. M. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SADDI, J. O Comitê e a assembleia de credores na nova Lei Falimentar. In: PAIVA, L. F. V. de (Coord.). **Direito Falimentar e a nova Lei de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Assembleia de credores: um ano de experiência da nova Lei de Falências. Uma avaliação. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, ano 10, n. 36, abr./jun., 2007.

_____. Artigos. 41 a 46. In: CORRÊA-LIMA, O. B.; LIMA, S. M. C. (Coord.). **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SALOMÃO, L. F. A Nova Lei de Recuperação de Empresas - A Declaração Judicial da Falência e a Quebra Requerida pelo Próprio Devedor (Lei nº 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005). In: SANTOS, P. P. (Coord.). **A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei nº 11.101/05**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SIMÃO FILHO, A. Interesses transindividuais dos credores nas assembleias-gerais e sistemas de aprovação do plano de recuperação judicial. In: LUCCA, N. de;

DOMINGUES, A. de A. (Coord.). **Direito recuperacional: Aspectos Teóricos e Práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SIMIONATO, F. A. M. **Tratado de direito falimentar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUZA, M. P. de. **A lei de recuperação e falência e as suas consequências no direito e no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SOUZA JUNIOR, F. S. de. In: _____.; PITOMO, A. S. A. de M. (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência: Lei 11.101/2005 – artigo por artigo**, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SZTAJN, R. Notas sobre as assembleias de credores na lei de recuperação de empresas. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, nº 138, p. 53-70, abr./jun. 2005.

TAJRA, A.; GIASANTE, D. O caso da recuperação judicial da VASP – Viação Aérea São Paulo. In: DE LUCCA, N.; DOMINGUES, A. de A. (Coord.). **Direito recuperacional: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

TOLEDO, P. F. C. S. de. O plano de recuperação e o controle judicial da legalidade. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 16, nº 60, p. 307-324, abr./jun. 2013.

_____. In: ABRÃO, C. H; TOLEDO, P. F. C. S. de. (Coord.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOMAZETE, M. Arts. 30 a 34. In: CORRÊA-LIMA, O. B.; LIMA, S. M. C. **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VALVERDE, T. de M. **Comentários à Lei de falências**. Vol. I e II. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VASCONCELOS, A. P. **O papel dos credores no direito falimentar: uma análise histórica e à luz de certos órgãos**. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2013.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil – Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2002.

WAISBERG, I.; WALD, A. Artigos. 47 a 49. In: CORRÊA-LIMA, O. B.; LIMA, S. M. C. (Coord.). **Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OBRAS CONSULTADAS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos**. 2. ed. Curitiba: Editora UFPR, 2007. (Normas para apresentação de documentos científicos, 2).

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Citações e notas de rodapé**. 2. ed. Curitiba: Editora UFPR, 2007. (Normas para apresentação de documentos científicos, 3).

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Referências**. 2. ed. Curitiba: Editora UFPR, 2007. (Normas para apresentação de documentos científicos, 4).

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Sistema de Bibliotecas. **Redação e editoração**. 2. ed. Curitiba: Editora UFPR, 2007. (Normas para apresentação de documentos científicos, 9).